This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.
+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.
+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.
+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

A propos de ce livre

Ceci est une copie numérique d'un ouvrage conservé depuis des générations dans les rayonnages d'une bibliothèque avant d'être numérisé avec précaution par Google dans le cadre d'un projet visant à permettre aux internautes de découvrir l'ensemble du patrimoine littéraire mondial en ligne.

Ce livre étant relativement ancien, il n'est plus protégé par la loi sur les droits d'auteur et appartient à présent au domaine public. L'expression "appartenir au domaine public" signifie que le livre en question n'a jamais été soumis aux droits d'auteur ou que ses droits légaux sont arrivés à expiration. Les conditions requises pour qu'un livre tombe dans le domaine public peuvent varier d'un pays à l'autre. Les livres libres de droit sont autant de liens avec le passé. Ils sont les témoins de la richesse de notre histoire, de notre patrimoine culturel et de la connaissance humaine et sont trop souvent difficilement accessibles au public.

Les notes de bas de page et autres annotations en marge du texte présentes dans le volume original sont reprises dans ce fichier, comme un souvenir du long chemin parcouru par l'ouvrage depuis la maison d'édition en passant par la bibliothèque pour finalement se retrouver entre vos mains.

Consignes d'utilisation

Google est fier de travailler en partenariat avec des bibliothèques à la numérisation des ouvrages appartenant au domaine public et de les rendre ainsi accessibles à tous. Ces livres sont en effet la propriété de tous et de toutes et nous sommes tout simplement les gardiens de ce patrimoine. Il s'agit toutefois d'un projet coûteux. Par conséquent et en vue de poursuivre la diffusion de ces ressources inépuisables, nous avons pris les dispositions nécessaires afin de prévenir les éventuels abus auxquels pourraient se livrer des sites marchands tiers, notamment en instaurant des contraintes techniques relatives aux requêtes automatisées.

Nous vous demandons également de:

+ *Ne pas utiliser les fichiers à des fins commerciales* Nous avons conçu le programme Google Recherche de Livres à l'usage des particuliers. Nous vous demandons donc d'utiliser uniquement ces fichiers à des fins personnelles. Ils ne sauraient en effet être employés dans un quelconque but commercial.

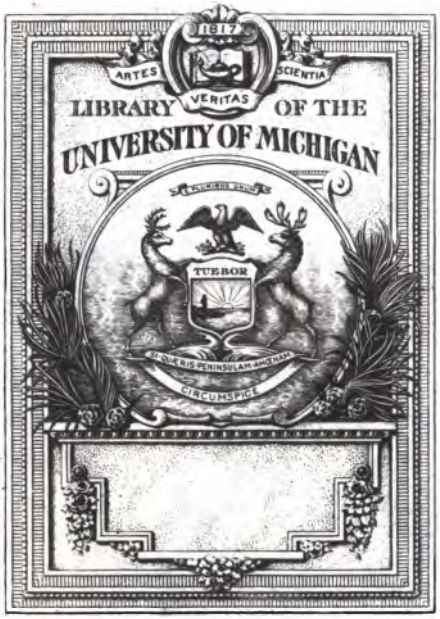
+ *Ne pas procéder à des requêtes automatisées* N'envoyez aucune requête automatisée quelle qu'elle soit au système Google. Si vous effectuez des recherches concernant les logiciels de traduction, la reconnaissance optique de caractères ou tout autre domaine nécessitant de disposer d'importantes quantités de texte, n'hésitez pas à nous contacter. Nous encourageons pour la réalisation de ce type de travaux l'utilisation des ouvrages et documents appartenant au domaine public et serions heureux de vous être utile.

+ *Ne pas supprimer l'attribution* Le filigrane Google contenu dans chaque fichier est indispensable pour informer les internautes de notre projet et leur permettre d'accéder à davantage de documents par l'intermédiaire du Programme Google Recherche de Livres. Ne le supprimez en aucun cas.

+ *Rester dans la légalité* Quelle que soit l'utilisation que vous comptez faire des fichiers, n'oubliez pas qu'il est de votre responsabilité de veiller à respecter la loi. Si un ouvrage appartient au domaine public américain, n'en déduisez pas pour autant qu'il en va de même dans les autres pays. La durée légale des droits d'auteur d'un livre varie d'un pays à l'autre. Nous ne sommes donc pas en mesure de répertorier les ouvrages dont l'utilisation est autorisée et ceux dont elle ne l'est pas. Ne croyez pas que le simple fait d'afficher un livre sur Google Recherche de Livres signifie que celui-ci peut être utilisé de quelque façon que ce soit dans le monde entier. La condamnation à laquelle vous vous exposeriez en cas de violation des droits d'auteur peut être sévère.

À propos du service Google Recherche de Livres

En favorisant la recherche et l'accès à un nombre croissant de livres disponibles dans de nombreuses langues, dont le français, Google souhaite contribuer à promouvoir la diversité culturelle grâce à Google Recherche de Livres. En effet, le Programme Google Recherche de Livres permet aux internautes de découvrir le patrimoine littéraire mondial, tout en aidant les auteurs et les éditeurs à élargir leur public. Vous pouvez effectuer des recherches en ligne dans le texte intégral de cet ouvrage à l'adresse `http://books.google.com`



RECEIVED IN EXCHANGE
FROM
University of Michigan
Law Library

JN
267
.P7

LA

LIBERTÉ CIVILE

ET LE

POUVOIR ADMINISTRATIF

EN FRANCE

PAR EUGÈNE POITOU

conseiller à la cour impériale d'Angers

PARIS

CHARPENTIER ET Cie, LIBRAIRES-ÉDITEURS

28, QUAI DU LOUVRE

1869

LA
LIBERTÉ CIVILE
ET LE
POUVOIR ADMINISTRATIF
EN FRANCE

OUVRAGES DU MÊME AUTEUR

PUBLIÉS DANS LA BIBLIOTHÈQUE CHARPENTIER

à 3 fr. 50 c. le volume.

PORTRAITS LITTÉRAIRES ET PHILOSOPHIQUES (Saint-Simon. — Vauvenargues. — Balzac. — Alfred de Musset. — De Tocqueville. — Lacordaire. —Édouard Laboulaye.—Mortimer-Ternaux.—Guizot.—Victor Cousin). 1 vol.

LES PHILOSOPHES FRANÇAIS CONTEMPORAINS (Lamennais. — Pierre Leroux. — Jean Reynaud. — Proudhon. — E. Pelletan. — Charles Dolfus. — Auguste Comte. — Littré. — Lanfrey. — Taine. — Renan. — Vacherot. — L'abbé Maret. — Le P. Gratry. — Cousin. — Jules Simon. — Émile Saisset)..... 1 vol.

Paris. — *Imprimerie* VIÉVILLE et CAPIOMONT, rue des Poitevins, 6.

LA
LIBERTÉ CIVILE
ET LE
POUVOIR ADMINISTRATIF
EN FRANCE

PAR
EUGÈNE POITOU
CONSEILLER A LA COUR IMPÉRIALE D'ANGERS

PARIS
CHARPENTIER ET Cie, LIBRAIRES-ÉDITEURS
28, QUAI DU LOUVRE

1869

Gen. Lib
Exch.
U. of M. Law Library
11-11-1952

PRÉFACE

On parle beaucoup, depuis quelque temps, de la centralisation administrative et de ses excès. Les moins clairvoyants et les plus prévenus ont fini par être frappés des abus qu'elle engendre, — les affaires ralenties, la vie communale éteinte, l'activité individuelle étouffée, toute initiative détruite. Jusqu'au pouvoir lui-même et à ses plus éminents conseillers, ont dû confesser que l'État commence à fléchir sous l'énormité du fardeau et le poids des responsabilités. Tout le monde convient qu'il y a, de ce côté, une réforme à faire.

Sans contester l'importance de cette réforme, j'ose dire qu'il y en a une plus urgente encore à réaliser, dans notre régime administratif.

L'administration n'a pas seulement chez nous

des attributions universelles; elle est investie d'une sorte de souveraineté. Elle n'est pas seulement indépendante, elle est omnipotente. Il ne lui suffit pas de mettre la main à tout; elle prétend, en cas de litige, n'avoir de juge qu'elle-même : c'est elle-même qui constitue son tribunal, et qui en fixe la compétence. Sans se dire précisément au-dessus des lois, elle entend (ce qui revient absolument au même) être seule à se les appliquer.

Ce n'est pas tout. Omnipotente dans son action, elle est inviolable dans ses agents. Les fonctionnaires qu'elle emploie, responsables envers elle seule, ne le sont point devant la justice ordinaire, même pour illégalité, même pour délit ou crime, à moins qu'il ne lui plaise de le permettre. Nul, pas même le ministère public, représentant de la loi, défenseur-né de la société, n'a le droit de poursuivre un agent de l'administration, pour fait relatif à ses fonctions, sans l'aveu préalable de l'administration.

N'est-ce pas là un état de chose qui appelle de sérieuses réformes? La centralisation excessive tue la vie communale, j'en conviens; mais l'autocratie administrative met en péril la liberté civile.

La première nuit à l'expédition des affaires et à l'éducation politique du pays; mais la seconde porte atteinte à tous les principes, viole l'égalité et la justice, met à néant le droit individuel.

La liberté civile est la première de toutes les libertés, celle sans laquelle toutes les autres ne sont rien. C'est donc elle qu'il faut assurer d'abord; c'est à elle qu'il importe avant tout de donner des garanties.

Ces garanties qu'elle n'a pas, où les trouvera-t-elle? Quel est le pouvoir qui protégera le droit individuel, qui défendra la personne, la propriété du citoyen, contre les caprices de cette puissance formidable, armée de deux cent mille bras, qui s'appelle le pouvoir administratif?

C'est la question à laquelle je tâche de répondre dans ce livre.

J'essaye de montrer que le pouvoir judiciaire est le gardien naturel, le seul gardien efficace de la liberté civile; que là où la justice n'est pas souveraine, là où-elle n'a pas le dernier mot, il n'y a pas de liberté, parce qu'il n'y a pas de garanties.

Mais la justice ne peut remplir ce grand rôle qu'à une double condition : c'est d'abord que rien n'échappe à son autorité, et en deuxième

lieu, qu'elle jouisse dans son action d'une absolue indépendance.

Or, en France, la justice ne remplit ni l'une ni l'autre de ces deux conditions. Elle est arbitrairement restreinte, je viens de le dire, par les juridictions administratives; elle est paralysée, dans des cas nombreux, par l'immunité qui couvre tous les agents du gouvernement. Enfin, même dans sa sphère propre, elle ne jouit pas, grâce à son organisation actuelle, de toute l'indépendance dont elle a besoin.

Un des principes fondamentaux de notre droit public moderne, c'est le principe de la séparation des pouvoirs. Tout le monde l'invoque, mais chose singulière, tout le monde ne l'entend pas de la même façon. Il n'y a pas en théorie de maxime plus incontestée; il n'y en a pas en réalité de plus mal comprise et de plus étrangement méconnue. Le pouvoir exécutif en a fait chez nous, à son profit, une application sophistique et véritablement léonine. Il l'a invoquée, pour établir sa propre indépendance, et il l'a violée pour entreprendre sur l'indépendance des autres pouvoirs; il s'en arme pour empêcher que la justice intervienne dans l'administration; il

s'y dérobe pour intervenir lui-même dans le domaine de la justice. — Il nous faut revenir à l'application rigoureuse du principe.

« Si le pouvoir n'est pas responsable, a dit M. Guizot, la liberté n'est pas garantie[1]. » Cela est vrai de la liberté civile aussi bien que de la liberté politique.

Organiser ces deux responsabilités, l'une en haut, sans laquelle le gouvernement n'est pas libre; l'autre en bas, sans laquelle le citoyen n'est pas protégé: c'est le double problème qui s'impose aux sociétés modernes. De sa solution dépend leur avenir.

Je ne m'occupe ici que de la seconde partie de ce problème; et, à mon avis, elle n'a qu'une solution possible : c'est l'intervention du pouvoir judiciaire. Non pas certes qu'il s'agisse de faire intervenir la justice dans l'administration; cela ne serait bon ni pour l'administration ni pour la justice. Il s'agit seulement de constituer le pouvoir judiciaire gardien de la légalité, de faire de lui le défenseur du droit indivi-

1. *Mémoires*, t. VIII, p. 5.

duel. Il s'agit de créer la responsabilité du pouvoir administratif; et il faut bien se persuader de ceci : c'est qu'il n'y a de responsabilité réelle, sérieuse, efficace, que la responsabilité judiciaire.

Ces idées ne sont pas nouvelles; elles ont pour elles, non-seulement l'autorité des plus éminents publicistes, mais la pratique des peuples libres. Malheureusement, pour n'être pas nouvelles, elles ne sont ni plus répandues, ni mieux comprises en France. Aussi ai-je cru faire une chose utile en essayant de les présenter sous un nouveau jour.

Souvent, depuis cinquante ans, on a demandé dans la presse, à la tribune même de nos assemblées législatives, les réformes que je demande. Elles ont toujours échoué devant les mêmes sophismes, les mêmes préjugés, la même routine entêtée. Il faut reprendre la question d'un point de vue plus élevé.

Notre système administratif actuel est une création de l'ancien régime, habilement restaurée, en l'an VIII, par la main du premier consul.

La juridiction administrative, le droit d'élever les conflits, l'inviolabilité des agents du gouvernement en sont les compléments naturels, les accessoires en quelque sorte nécessaires.

Ces diverses institutions sortent toutes d'une même idée, d'une même conception générale, — celle de l'État, administrateur et tuteur universel. Elles en sortent comme les conséquences sortent du principe.

Or cette conception, qui était l'idéal de la monarchie absolue, est radicalement incompatible avec la liberté individuelle, qui est l'idéal des sociétés modernes. L'une est la négation de l'autre. Vouloir garder l'omnipotence administrative et prétendre assurer en même temps la liberté civile, c'est tenter une œuvre contradictoire, partant impossible. Il faut opter. Il faut ou modifier notre régime administratif, ou renoncer à la liberté.

Telle est l'idée générale de ce livre et sa conclusion.

Les circonstances m'ont paru favorables pour reprendre ce grand débat. Elles le sont même devenues tout à coup plus que je n'avais osé

l'espérer quand je me suis mis à l'œuvre. Au moment où j'écrivais les dernières pages de ce livre, un grand mouvement libéral s'est fait dans les esprits. D'importantes réformes ont été accomplies; beaucoup d'autres sont demandées, et dans le nombre une de celles que je discute, la responsabilité des fonctionnaires, a paru préoccuper très-vivement l'opinion.

Je n'ai point cru que ce fût une raison de supprimer mon travail, ni même d'en rien retrancher. Il m'a semblé, au contraire, qu'il en devenait plus opportun; que c'était plus que jamais le cas de rétablir les principes oubliés ou méconnus. Même sur ce point particulier de la responsabilité des agents du gouvernement, s'il y a aujourd'hui de toutes parts des réclamations très-vives, on peut douter qu'il y ait dans tous les esprits des idées très-nettes. Ceux qui s'imaginent d'ailleurs que c'est là un procès gagné pourraient bien se faire quelques illusions. J'ai peur que la porte ne soit plus difficile à enfoncer qu'on ne se le persuade; j'ai peur que le pouvoir ne résiste plus qu'on ne croit. Et quand je parle du pouvoir, j'en parle au sens absolu, abstraction faite des hommes qui nous gouver-

nent et des institutions qui nous régissent. Car tous les gouvernements en France, quelle que soit leur forme, ont invariablement, en cette matière, le même esprit, et suivent systématiquement les mêmes errements. La République de 1848 n'a pas à cet égard pensé et agi autrement que ceux qui l'avaient précédée; si elle revenait demain, il y a gros à parier qu'elle ne penserait et n'agirait pas d'autre façon.

C'est qu'il y a chez nous, dans tous les partis, des préjugés étranges, obstinés, auxquels n'échappent même pas des esprits très-distingués, et qui semblent faits pour éterniser certains abus. Le préjugé administratif est de ceux-là. L'administration, en France, c'est l'arche sainte: nul n'y touche sans une sorte de tremblement. Nous avons été élevés dans l'idolâtrie administrative. C'est proprement la maladie française.

Il est visible, en outre, que si l'art. 75 de la Constitution de l'an VIII est depuis quelque temps l'objet de vives protestations, c'est surtout, c'est presque exclusivement au point de vue politique que ces attaques se produisent. Je sais bien que la faute en est à nos gouvernements qui, tous sans exception, depuis cinquante ans, ont eu le tort

de faire de l'administration un instrument politique. C'est là aussi, sans nul doute, une des faces importantes de la question; c'est, en tout cas, celle qui saisit le plus vivement les esprits. Il n'en est pas moins regrettable, à mon avis, que la question s'engage uniquement par ce côté; et si quelque chose peut retarder ou compromettre la réforme, c'est le caractère purement politique qu'on lui donne. Beaucoup de ceux qui la demandent, en effet, paraissent agir bien plus dans un intérêt de parti et sous l'empire de passions hostiles, que dans un sentiment élevé de justice et par un souci sérieux et sincère de la liberté civile. Qu'en résultera-t-il? C'est que le pouvoir menacé se montrera défiant. C'est qu'il refusera de se laisser désarmer par des adversaires qui semblent encore plus désireux de l'affaiblir que de se protéger eux-mêmes.

Je ne fais point ici de politique. Je voudrais que la politique fût exclue de l'administration aussi bien que de la justice; car c'est là un des maux dont nous souffrons le plus. Mais sachant bien que, dans l'état actuel des choses et des esprits, un tel vœu est pour longtemps une uto-

pie, je voudrais du moins que la justice, élevée au-dessus de tous, gardienne des droits de tous, fût pour tous un refuge contre l'arbitraire administratif aussi bien que contre toute entreprise individuelle ; qu'elle eût, comme l'Église au moyen âge, son droit d'asile inviolable, et que tout citoyen qui embrasse ses autels fût assuré d'y trouver protection quand on le menace, réparation quand il a souffert un préjudice.

Je n'ai plus qu'un mot à ajouter. J'espère que ceux qui me liront ne m'accuseront d'avoir manqué, dans ce que je dis de notre administration, ni de modération, ni d'équité. J'espère surtout qu'on ne me soupçonnera point, quoique magistrat, d'avoir cédé à un esprit de complaisance ou d'ambition pour la magistrature. Je crois être étranger à de tels préjugés, et j'ose dire que j'ai considéré mon sujet de plus haut.

On verra d'ailleurs que, si je réclame pour la magistrature un grand rôle et d'importantes attributions, je ne m'aveugle point sur ses côtés faibles, et je ne lui épargne pas la vérité. Quelques-uns pourront même trouver que je pousse, sur ce point, la franchise jusqu'à la rudesse.

J'espère qu'on me le pardonnera. Je n'ai pour la magistrature française que des sentiments de respect et d'affection; les critiques que je me permets, je puis dire qu'elles me sont inspirées par ces sentiments mêmes, par l'amour de mon pays, par l'amour de la liberté et de la justice, — deux choses qui pour moi n'en font qu'une.

LA

LIBERTÉ CIVILE

ET LE

POUVOIR ADMINISTRATIF

CHAPITRE PREMIER

Que le pouvoir judiciaire est le véritable gardien des libertés individuelles; et qu'en France cette garantie manque absolument contre l'arbitraire du pouvoir administratif.

Il y a bien des manières de comprendre la liberté. Nous avons en France, à ce sujet, des idées souvent fausses, toujours confuses. Nous ne savons pas, ou nous savons mal en quoi la liberté consiste, quelle en est la vraie nature, quelles en sont les véritables et nécessaires conditions. Malgré dix révolutions, notre éducation est à faire sur ce point.

Il semble pourtant qu'il ne serait pas hors de propos de savoir ce que l'on veut, et où l'on va. Car, s'il est vrai que plusieurs chemins puissent mener au but, encore faut-il qu'on aperçoive le but distinctement; autrement on peut lui tourner le dos au

moment même qu'on croit le plus s'en approcher. Et sommes-nous bien sûrs que cette mésaventure ne nous soit pas arrivée plus d'une fois?

Depuis quatre-vingts ans, nous poursuivons la liberté, et nous avons pris pour elle bien des choses qui ne lui ressemblent guère.

Nous avons pris pour elle l'égalité démocratique, qui est la plus ardente de nos passions, mais qui n'est au fond que la haine du privilége, le nivellement des conditions civiles et politiques; et qui peut tout aussi bien se concilier avec le despotisme qu'avec la liberté.

Nous avons pris pour elle la souveraineté du peuple; souveraineté légitime assurément, en tant qu'elle s'applique aux intérêts généraux et à la constitution de l'État, mais qui peut (on ne l'a que trop vu) enfanter, au nom de la liberté, la plus effroyable tyrannie[1].

Nous avons pris pour elle la liberté politique, qui n'est que l'ensemble des garanties organisées pour assurer l'intervention du pays dans son gouvernement, c'est-à-dire pour protéger la souveraineté nationale, et dont par conséquent il faut dire ce qu'on vient de dire de celle-ci.

Rien de tout cela n'est la liberté. Que me fait l'égalité, si vous n'avez à m'offrir que l'égalité dans la servitude? M'importe-t-il beaucoup que la nation

1. « On a toujours confondu le pouvoir du peuple avec la liberté du peuple, choses cependant bien distinctes. » Montesquieu, *Esprit des Lois*, liv. XI chap. III.

soit souveraine, si moi, citoyen, je suis esclave? Et de quoi me serviront les libertés politiques, si ma liberté individuelle m'est enlevée?

La liberté individuelle, c'est là en effet la liberté véritable, la seule qui importe, la seule qui mérite d'être poursuivie et conquise; les autres n'ont de prix qu'autant qu'elles servent à défendre, à garantir celle-là. La liberté individuelle, c'est-à-dire le droit pour chaque homme de développer sans obstacle ses facultés physiques et intellectuelles, de déployer en tout sens son activité, de satisfaire comme il l'entend à ses besoins légitimes, sous la seule condition de respecter l'ordre et le droit d'autrui : propriété et sécurité personnelle, liberté d'aller et de venir, de se réunir et de s'associer; liberté du travail, liberté de la pensée, de la parole, de la religion ; voilà les droits essentiels que la société a pour but de protéger et de maintenir; voilà le fond et la substance même de la vraie liberté, qui s'appelle de son nom propre la liberté civile.

Dans la cité antique, l'état est libre, l'individu est esclave; l'état est tout, l'individu n'est rien; tous les droits du citoyen se résument et s'épuisent dans sa part de souveraineté politique. C'est cette fausse idée de la liberté que Rousseau mit à la mode au siècle dernier; c'est la théorie qu'appliqua la Convention. — Dans le droit moderne, au contraire, bien loin que le citoyen soit fait pour l'État, c'est l'État qui est fait pour le citoyen. L'État est libre, il est souverain sans doute; mais sa liberté, sa souveraineté

rencontrent pour limite la liberté individuelle, qui est de droit primordial, qui est sacrée, qui ne doit être restreinte que dans la mesure rigoureusement nécessaire. Un peuple ne peut se dire libre, que quand chacun de ses citoyens est libre dans sa vie privée[1]. C'est ainsi que les Anglais ont compris la liberté, que Montesquieu l'a entrevue, que l'Assemblée constituante la proclama au début; mais l'Assemblée constituante, après l'avoir formulée et proclamée, sembla l'oublier dès le lendemain; et la liberté disparut bientôt sous cette tyrannie nouvelle qui s'appela la souveraineté du peuple.

Depuis lors nous avons fait huit ou dix révolutions, rédigé onze ou douze constitutions; nous avons essayé de la république, de la dictature, de la monarchie représentative; nous avons combiné, à toutes les doses, le pouvoir électif, le pouvoir législatif, et le pouvoir exécutif. Nous avons imaginé des systèmes admirables, et construit des machines gouvernementales fort ingénieuses. Mais, en tout cela, notre seule pensée, notre unique préoccupation a été d'organiser les libertés politiques : de la liberté civile, nous avons eu peu de souci. C'est-à-dire que nous avons négligé l'essentiel pour l'accessoire;

1. « Chez les anciens, l'individu, souverain dans les affaires publiques, est esclave dans tous les rapports privés. Chez les modernes au contraire, l'individu, indépendant dans la vie privée, n'est, même dans les États les plus libres, souverain qu'en apparence... Quand il exerce cette souveraineté, ce n'est jamais que pour l'abdiquer. » Benjamin Constant, *Cours de philosophie constitutionnelle*, t. II, p. 541.

nous avons lâché la proie pour courir après l'ombre.

Certes, je suis fort aise de savoir que les droits de l'homme et du citoyen, solennellement inscrits en tête de la constitution de 1791, ont été non moins solennellement reconnus par toutes les constitutions et les chartes qui se sont succédé depuis. Mais les constitutions et les chartes ne sont que des chiffons de papier, une vaine métaphysique, des formules sonores et creuses, si les maximes qu'elles proclament ne sont pas passées dans les faits ; si les droits naturels qu'elles reconnaissent ne sont pas garantis dans la pratique. Or, que valent dans la pratique ces droits consacrés par toutes nos constitutions?

En principe, par exemple, la liberté des cultes est proclamée. En fait, on ne peut pratiquer librement en France que quatre cultes déterminés; l'autorisation administrative est nécessaire à quiconque veut établir un culte qui n'est pas légalement reconnu. Même l'exercice des cultes reconnus est soumis à la surveillance de la police de l'État, à des formalités et à des restrictions minutieuses; nul ne peut ouvrir une chapelle sans autorisation spéciale. — La liberté est le principe; dans la réalité, c'est le régime de la réglementation administrative absolue, c'est-à-dire l'arbitraire.

En principe, tout Français a le droit, sauf à en répondre devant la loi, de publier ses opinions. En fait, on sait comment et combien de fois, depuis quatre-vingts ans, ce droit a été confisqué, sous

prétexte d'être réglé; comment, à la place de la répression, qui est le droit commun, on a mis des mesures préventives qui détruisaient le principe.

C'est ainsi que presque en toutes choses, sous prétexte de police et de bon ordre, sous couleur de réglementation et de surveillance, l'arbitraire administratif restreint, paralyse, anéantit le droit que la constitution a proclamé[1].

Je ne prétends pas que l'exercice de ces droits constitutionnels ne doive pas être réglé, et leur étendue délimitée, au point de vue de l'ordre public, de la police générale. Non certes; le droit de chacun implique, au contraire, le respect du droit d'autrui; la liberté d'un individu a pour limite la liberté d'un autre individu. — Mais c'est à la loi à poser cette limite, et non à l'administration; c'est à la loi à frapper d'une répression pénale tout abus d'un droit qui dégénère en violation d'un autre droit, et non pas au pouvoir administratif à faire passer la liberté sous les fourches caudines de l'autorisation préalable.

Le droit individuel, limité par la loi, c'est toujours le droit, c'est toujours la liberté; c'est même la seule liberté légitime, car c'est la seule juste : *sub lege libertas*. Le droit limité par le pouvoir administratif, ce n'est plus le droit, ce n'est plus la liberté : c'est de la concession, c'est de la tolérance, c'est-à-dire de l'arbitraire; car ce qui a été accordé

1. « En France, le règne de la loi est proclamé, mais l'arbitraire se réfugie dans l'exécution. » Tocqueville, *Mélanges*, p. 284.

hier peut être refusé demain. Voilà ce que nous ne semblons pas encore avoir compris en France depuis 1789. Nous n'avons pas compris qu'un droit dont la réglementation est abandonnée à l'administration est un droit précaire, par conséquent un droit qui n'a pas de vie, car il n'est pas garanti. Là où la garantie est absente, la liberté est absente.

Est-ce là tout? Les droits du citoyen, les grands principes de la liberté civile ne subissent-ils pas, en France, des restrictions d'une autre nature?

Ma personne, ma liberté, ma fortune sont protégées par la loi contre les attaques des simples particuliers. Le code pénal y pourvoit, et il y a des tribunaux chargés d'appliquer les peines qu'il a édictées. Si mes intérêts civils ont été lésés, il y a d'autres tribunaux qui me sont toujours ouverts, et auxquels je puis demander la réparation qui m'est due.

Mais ma liberté, ma sûreté personnelle, ma propriété sont-elles suffisamment garanties, si, n'ayant rien à craindre des malfaiteurs que contient le Code pénal, je ne suis protégé ni contre les entreprises vexatoires du pouvoir administratif, ni contre les actes arbitraires ou criminels de ses agents?

La propriété est inviolable, et nul ne peut s'emparer de mon bien, même pour utilité publique déclarée, que moyennant indemnité préalable. Mais imaginez que, sous prétexte de travaux publics, mon champ soit envahi, occupé, fouillé, par ordre d'un préfet : — si je ne puis réclamer que devant ce préfet

lui-même; ou si je n'ai, pour juger entre lui et moi, que des juges dépendants de lui, subordonnés à lui, présidés par lui; — mon droit est-il garanti?

Le vote de l'impôt et son égale répartition sont des principes constitutionnels. Mais supposez que l'arbitraire ou l'erreur se glisse dans la répartition d'une des contributions directes, des patentes par exemple : si je suis réduit à me plaindre à l'administration des actes de l'administration, suis-je protégé contre l'injustice et l'illégalité [1]?

Imaginez que, sous prétexte de sûreté générale, de mesure de haute police, ma correspondance ait été ouverte, mon domicile violé, ou ma propriété mobilière saisie par ordre d'un préfet. — Si toute voie de recours m'est fermée; si les tribunaux de droit commun me sont interdits, sous prétexte que c'est affaire administrative; si les tribunaux administratifs me sont fermés, sous prétexte que c'est

1. Il y a un impôt, plus lourd que tous les autres, l'impôt du service militaire, l'impôt du sang comme on l'appelle, qui se répartit par la voie du sort. Mais, après que le sort a prononcé, il reste à résoudre de graves et délicates questions, sur les causes légales de dispenses ou d'exemption. Qui est-ce qui juge ces questions? Un conseil de révision, composé en majorité de membres de l'administration et de l'armée. Sans discussion, sans formes, sans garanties, ce conseil prononce verbalement, séance tenante, sur la liberté et la vie des citoyens. La voix d'un conseiller de préfecture, d'un officier étranger aux questions de droit, en décide. Et la décision est sans appel. Il n'y a pas même recours possible au conseil d'État, si ce n'est pour le cas extraordinaire d'excès de pouvoir.

affaire politique; — je demande ce que valent les constitutions, les déclarations de droits, et ce que c'est que les principes de 89?

Imaginez qu'un agent quelconque de l'autorité, du pouvoir exécutif, m'ait arrêté arbitrairement, violenté, maltraité. — Si je ne puis ni poursuivre devant les tribunaux criminels la répression de l'abus de pouvoir dont j'ai été victime, ni même demander aux tribunaux civils la réparation du dommage dont j'ai souffert, avant d'en avoir obtenu l'autorisation du gouvernement; en d'autres termes, si je ne puis obtenir justice des agents de l'administration qu'avec la permission de l'administration; — quel refuge ai-je contre l'arbitraire?

J'ai parlé d'un abus de pouvoir, d'un acte illégal. Supposez quelque chose de pire, un délit de droit commun, un crime ordinaire, accompli par un fonctionnaire du gouvernement dans l'exercice ou seulement à l'occasion de ses fonctions. — Si alors même, pour un fait qui tombe sous la loi commune, il ne m'est pas permis d'invoquer la protection des lois, de demander aux tribunaux réparation et justice; où est cette égalité devant la loi dont nous sommes si fiers et si jaloux? Et quel est cet étrange privilége, oublié par la Révolution, qui met au-dessus des lois ceux-là mêmes à qui l'autorité a été donnée pour assurer l'exécution des lois?

Sont-ce là de vaines hypothèses, imaginées à plaisir? Les suppositions que je viens de faire, faut-il aller en Russie ou à Constantinople pour les voir se

réaliser? Non : il n'est pas besoin de sortir de chez nous; et tout ce que je viens de dire sous forme hypothétique, on a bien compris que c'est le tableau trop exact de ce qui se passe tous les jours sous nos yeux.

Nul n'ignore, en effet, qu'il y a en France, à côté de la justice ordinaire qui statue sur les contestations des citoyens entre eux, une justice spéciale qui connaît seule des difficultés élevées entre les citoyens et l'administration : c'est ce qu'on appelle la justice administrative. Toute contestation relative à un acte administratif, tout litige né à l'occasion d'une mesure prise ou d'un contrat passé par l'administration, est exclusivement de la compétence des tribunaux administratifs, c'est-à-dire des conseils de préfecture et du conseil d'État. — De telle façon que, selon qu'on a procès avec un simple citoyen ou avec l'administration, on a des juges ordinaires ou des juges exceptionnels; des juges inamovibles ou des juges révocables; des juges indépendants et impartiaux, ou des juges choisis, dépendants et exposés à mille causes de partialité.

Ajoutez que tout procès porté devant les tribunaux ordinaires, et dans lequel l'administration se croit intéressée, peut être évoqué par elle, enlevé aux juges de droit commun, et déféré à la juridiction administrative. — Si bien que, non-seulement l'administration a ses juges à elle pour juger ses procès, mais que c'est elle-même qui détermine l'étendue de sa juridiction et qui fixe leur compétence.

Enfin, tout le monde sait qu'en vertu d'un article 75 d'une certaine constitution édictée en l'an VIII de la république, article qui a seul survécu à la ruine de cette constitution éphémère, aucun agent de l'autorité publique ne peut, pour actes relatifs à ses fonctions, être poursuivi, ni au civil, ni au criminel, devant les tribunaux de droit commun, à moins que l'administration, consultée au préalable, n'ait autorisé la poursuite. — Si bien qu'il y a en France, dans ce pays de l'égalité civile, environ deux cent mille individus qui sont en dehors ou au-dessus de la loi, et qui, sous prétexte qu'ils exercent une portion de l'autorité administrative, sont couverts d'une sorte d'inviolabilité, et ne peuvent être appelés à répondre même de leurs crimes devant la justice du pays, qu'autant qu'il plaît à l'administration, dont ils font partie, de le permettre à la justice du pays.

Y a-t-il, dans un tel état de choses, des garanties suffisantes contre les abus du pouvoir, contre les entreprises illégales ou violentes de ses agents? Les droits des citoyens sont-ils suffisamment protégés?

J'accorderai, si on veut, que nos gouvernements sont humains et modérés; que l'administration est honnête, scrupuleuse, amie de la légalité; que nos mœurs publiques sont douces, que les abus sont rares... Tout cela peut être vrai; mais tout cela ne change rien au droit, et dès lors cela me rassure mal. La sagesse des gouvernements et la vertu des fonctionnaires ont toujours été tenues pour des garants insuffisants de la liberté des citoyens.

« C'est une expérience éternelle que tout homme « qui a du pouvoir est porté à en abuser. Il va jus- « qu'à ce qu'il trouve des limites... Pour qu'on ne « puisse abuser du pouvoir, il faut que, par la dis- « position des choses, le pouvoir arrête le pou- « voir[1]. »

Il y avait autrefois, parmi les garanties politiques dont nous jouissions, deux institutions qui avaient, à ce point de vue, une certaine importance, et pouvaient protéger dans une certaine mesure la liberté civile : je veux parler de la responsabilité ministérielle et de la liberté de la presse. Ces deux garanties, dont nous avons été privés pendant près de vingt ans, on vient de nous les rendre. Mais alors même qu'on nous les rendrait avec toute l'extension qu'elles comportent, ce serait une erreur de croire qu'elles seraient un remède suffisant aux dangers que j'ai signalés.

On se méprend souvent sur la vraie nature de la responsabilité ministérielle. C'est une garantie toute politique, qui n'a et ne peut avoir qu'une portée politique : un ministère qui gouverne dans un sens contraire à l'opinion du parlement est renversé par le parlement; voilà la véritable responsabilité ministérielle. Quant à la responsabilité personnelle, pour les actes particuliers de l'administration, elle est tout simplement inapplicable. Comment rendre un ministre responsable du fait d'un de ses subor-

1. Montesquieu, *Esprit des Lois*, liv. XI, chap. IV.

donnés, du délit commis par un de ses agents? Une répression administrative, une destitution est tout ce qu'on peut exiger de lui. — Il y a là, sans doute, un contrôle supérieur, un frein moral contre les grands abus du pouvoir, contre les illégalités criantes et éclatantes; il n'y a pas de protection contre les petits abus, les petites vexations, l'arbitraire des fonctionnaires inférieurs.

On peut dire de la presse à peu près la même chose. Elle aussi (et c'est là son plus grand bienfait peut-être) agit surtout comme un frein moral, comme un moyen préventif; elle empêche beaucoup d'abus par la seule crainte de la publicité. Mais le mal qui est fait, elle ne le répare pas. Le dommage qu'on m'a causé, qui m'en fera justice? — On ne songe pas d'ailleurs que la presse elle-même est une liberté qui peut avoir besoin de protection. Mon livre, ma brochure ont été saisis par mesure administrative : qui me les fera rendre? — Enfin tout le monde n'a pas la presse à sa disposition; la presse ne sait pas tout, ne dit pas tout, ne peut pas tout dire.

Où donc chercher la protection efficace du droit individuel, la garantie toujours sûre et toujours présente de cette liberté civile qui est la première de toutes? — Cette protection, cette garantie, elle n'est que dans la justice, dans le pouvoir judiciaire.

Le pouvoir judiciaire est essentiellement le gardien du droit : il est donc le gardien naturel de la liberté civile, s'il est vrai, comme j'ai essayé de le montrer, que la liberté ne soit autre chose que le

droit individuel reconnu, affirmé, garanti par la loi.

Justice et liberté sont deux termes synonymes.

S'il y a au monde un peuple chez lequel le pouvoir judiciaire soit l'arbitre souverain de tous les litiges, le régulateur de tous les conflits; où toute réclamation, tout procès, élevé non pas seulement entre deux particuliers, mais même entre un particulier et l'État, entre un simple citoyen et un fonctionnaire public, soit déféré aux tribunaux ordinaires et se décide par les règles du droit commun; où il n'y ait qu'une loi et qu'une juridiction pour tout le monde; où tout le monde, même le gouvernement, s'incline devant cette loi et reconnaisse cette juridiction; où toute personne, même l'agent le plus élevé de l'administration, soit responsable de ses actes, où toute violation de la loi donne ouverture à une action, et entraîne, soit une peine s'il y a délit, soit une réparation pécuniaire s'il y a dommage; — si un tel peuple existe, on peut dire que ce peuple est le plus libre du monde.

On pourrait poser en axiome de droit public que la liberté civile chez un peuple est en proportion exacte avec l'indépendance et l'autorité du pouvoir judiciaire.

Dites-moi comment la justice est organisée dans un pays, quelle est sa sphère d'action, quelle est celle du pouvoir administratif, — je vous dirai si les citoyens sont libres ou ne le sont pas. Car il est clair que tout ce qui est donné à la justice, est enlevé à l'arbitraire.

Quand le pouvoir judiciaire maintient le droit entre les particuliers et règle leurs contestations, quand il réprime les attentats dirigés contre les propriétés ou les personnes, assurément il remplit une des plus importantes fonctions de la puissance sociale; il pourvoit à l'ordre, à la sécurité, à la justice, intérêts essentiels de toute société.

Mais cette fonction, si importante qu'elle soit, ne couvre, si j'ose dire, que la moitié de la liberté civile. Elle la protége contre les individus; elle la laisse découverte du côté du pouvoir.

Il est très-nécessaire sans doute de garantir l'ordre; j'ajoute même que c'est par là qu'il faut commencer. Mais il n'est pas moins nécessaire de garantir la liberté individuelle, et toute société où elle n'est pas suffisamment protégée est une société mal faite.

Si cela est vrai de toutes les sociétés, cela est bien plus vrai encore des sociétés démocratiques. Tocqueville a montré avec sa profondeur habituelle de vues, que, dans les démocraties, la tendance du pouvoir central à devenir universel et absolu est plus grande que partout ailleurs. « A mesure, dit-il, que les individus, en devenant tous égaux, deviennent plus petits, l'image de l'État devient plus grande et les esprits plus disposés à l'investir de prérogatives plus étendues[1]. » D'un côté, la destruction de tous les pouvoirs intermédiaires amène naturellement la prépondérance du gouvernement, la concentration

1. *De la Démocratie en Amérique*, 4e partie.

dans ses mains de toutes les forces sociales; de l'autre, l'amour même de l'égalité, la haine de toute prérogative particulière, de toute influence locale, provoque et aide l'administration à intervenir dans toutes les affaires, et rend plus facile l'établissement d'un gouvernement despotique.

Que la France marche depuis un siècle et à pas rapides vers la démocratie, cela est évident. Que le pouvoir central ait pris, en même temps et du même pas, des accroissements continus et en quelque sorte proportionnels, c'est ce qui ne peut guère non plus être contesté.

Ce double mouvement s'accélérant sans cesse et d'une façon uniforme, il est clair, si rien n'y faisait obstacle, que nous arriverions fatalement et en même temps, dans un siècle ou deux, à la démocratie absolue et à la servitude universelle.

Or on a vu, par ce qui précède, combien peu le pouvoir judiciaire, en France, est aujourd'hui en mesure de faire obstacle aux envahissements du pouvoir administratif. On ne lui a laissé ni l'autorité ni l'indépendance dont il aurait besoin pour remplir la mission qui lui est naturellement dévolue. On a démembré son domaine; on a restreint sa juridiction; on lui a enlevé, pour les transporter à un autre pouvoir, des attributions qui semblent lui appartenir légitimement; on l'a resserré, subordonné, paralysé dans son action. Le pouvoir administratif a été constitué, non-seulement à l'état d'indépendance vis-à-vis de la justice, mais à l'état de riva-

lité et de prédominance; il a été placé, non-seulement en dehors d'elle, mais au-dessus d'elle; il a soustrait à son autorité, non-seulement ses actes, mais ses agents.

Quand on essaye d'expliquer à des étrangers l'organisation de la justice administrative en France, et le privilége d'inviolabilité dont jouissent nos fonctionnaires, on a beaucoup de peine à les leur faire comprendre. Il ne peut pas leur entrer dans l'esprit qu'en un pays qui se pique de bon sens et de justice, ce soit l'administration qui juge les procès de l'administration. Il leur paraît surtout étrange, monstrueux, que, chez un peuple qui se dit libre et qui a fait dix révolutions pour l'être, les citoyens soient livrés sans défense à l'arbitraire des fonctionnaires, et que les agents du gouvernement ne répondent de leurs méfaits que lorsque cela convient au gouvernement.

On s'efforce bien de leur faire entendre que c'est là chez nous l'application d'un grand principe de droit public, — le principe de la séparation des pouvoirs; — et que nous y voyons une des plus précieuses conquêtes de notre révolution. On ne parvient pas à les convaincre; ils prétendent qu'il y a là confusion, et non pas séparation des pouvoirs; que c'est là une usurpation de l'administration sur le domaine de la justice; et que si, en cela, une conquête a été faite, elle l'a été par le despotisme administratif et non par la liberté.

Qui a raison, des étrangers ou de nous? C'est la

question que je me propose d'examiner dans ce livre.

Je parlerai d'abord de la juridiction administrative; et en second lieu de l'irresponsabilité des agents du gouvernement. Je rechercherai, sur ces deux points, quelles réformes sont nécessaires, et quelles sont désirables. J'essayerai de dire enfin quelles améliorations pourraient être facilement et immédiatement réalisées.

CHAPITRE II

Du pouvoir judiciaire et du pouvoir administratif avant 1789. — Comment la Révolution a amoindri le premier au profit du second. — Organisation actuelle créée en l'an VIII.

Dans la monarchie absolue, la souveraineté résidant tout entière dans la personne du prince, les trois pouvoirs, législatif, exécutif et judiciaire, émanent de lui, quand ils ne sont pas réunis en lui. C'est lui qui fait la loi; c'est lui qui gouverne; et c'est lui qui rend la justice, sinon par lui-même, du moins par des magistrats auxquels il délègue à cet effet son autorité.

Dans les monarchies tempérées et chez tous les peuples qui possèdent à un degré quelconque un gouvernement libre, un principe tout différent amène naturellement des conséquences tout opposées. La souveraineté ne réside ni dans une personne, ni dans un corps particulier : en droit, elle ne réside que dans la nation; en fait, elle se divise, et les trois pouvoirs distincts qui la composent se partagent entre diverses personnes et divers corps.

Le pouvoir législatif est exercé simultanément par le chef du gouvernement et un parlement. Le pou-

voir exécutif est remis aux mains du prince ou d'un président élu. Le pouvoir judiciaire est confié à des tribunaux et au jury.

Démembrements de la souveraineté nationale, ces trois pouvoirs, par là même qu'ils sortent du même tronc, qu'ils émanent de la même autorité, ne sont à aucun degré subordonnés l'un à l'autre. Tout au contraire : chacun d'eux ayant dans l'État son rôle propre, ses attributions distinctes, doit avoir sa sphère d'action séparée et s'y mouvoir avec une pleine indépendance. Mais, pour que cette indépendance soit entière, il faut qu'aucun d'eux ne puisse empiéter sur le domaine de l'autre. L'équilibre sera également troublé, la liberté sera également menacée, si le législateur exécute la loi, ou si le juge prétend la faire, ou si celui qui gouverne s'arroge le droit de juger.

« Lorsque dans la même personne ou dans le « même corps de magistrature, dit Montesquieu, « la puissance législative est réunie à la puissance « exécutrice, il n'y a point de liberté : parce qu'on « peut craindre que le même monarque ou le même « sénat ne fasse des lois tyranniques pour les exé- « cuter tyranniquement.

« Il n'y a point encore de liberté si la puissance « de juger n'est pas séparée de la puissance légis- « lative et de l'exécutrice. Si elle était jointe à la « puissance législative, le pouvoir sur la vie et la « liberté des citoyens serait arbitraire, car le juge « serait législateur. Si elle était jointe à la puissance

« exécutrice, le juge pourrait avoir la force d'un op-
« presseur[1]. »

C'est là un des principes fondamentaux du droit public moderne. Depuis Montesquieu, la séparation et l'indépendance des pouvoirs est un axiome qu'on ne discute plus : tous les peuples s'accordent à voir là la condition première de la liberté.

L'Assemblée constituante était imbue des idées de Montesquieu. Non-seulement elle admit d'emblée, sans hésitation, sans discussion, le principe de la séparation des pouvoirs; mais, animée d'un amour sincère de la liberté, elle voulut très-fermement et très-loyalement l'appliquer.

L'a-t-elle fait réellement? Dans quelles conditions, dans quelle mesure l'a-t-elle fait?

Pour répondre à cette question, il faut jeter d'abord un coup d'œil rapide sur l'état de choses antérieur à la Révolution, et se rappeler quelle était, sous l'ancien régime, la situation respective du pouvoir judiciaire et du pouvoir administratif.

Quand on embrasse d'un regard l'histoire des deux derniers siècles, ce qui frappe d'abord, c'est l'extrême confusion des pouvoirs. Nulle règle fixe, nulle limite précise. D'un côté, le pouvoir judiciaire empiète sur la puissance législative, sur la politique et sur l'administration; de l'autre le pouvoir exécutif envahit violemment le domaine de la justice.

1. *Esprit des Lois*, liv. XI, chap. VI.

Au point de vue politique, les parlements, bien qu'animés parfois de petites passions, ont souvent opposé un frein utile aux caprices tyranniques et à la fiscalité odieuse du pouvoir royal. Leur résistance a été quelquefois factieuse; mais leur contrôle a été souvent utile; et Blakstone a pu dire avec raison que si quelque chose a empêché la France d'aboutir au despotisme oriental, c'est le parlement[1].

Mais il faut avouer que son intervention était souvent abusive dans les affaires d'administration; il en troublait arbitrairement la marche; il entravait la libre action du pouvoir exécutif. On voyait des cours de justice faire des règlements de police; on les voyait tenir tête à des administrateurs, s'opposer à l'exécution de leur mandat, parfois même les citer à leur barre.

Et toutefois, à travers cette confusion, un fait général apparaît : c'est que le pouvoir judiciaire perd tous les jours du terrain, et que le pouvoir

1. Si l'on veut bien faire attention à la lutte du parlement contre le pouvoir royal, on verra que c'est presque toujours sur le terrain de la politique, et non sur celui de l'administration, qu'on se rencontre. Les querelles naissent d'ordinaire à propos d'un nouvel impôt; c'est-à-dire que ce n'est pas la puissance administrative que les deux adversaires se disputent, mais le pouvoir législatif, dont ils avaient aussi peu de droit de s'emparer l'un que l'autre. » Tocqueville, *l'Ancien Régime et la Révolution*, chap. v. — « Les parlements, disait Royer-Collard, étaient la presse d'alors, c'est-à-dire la seule résistance efficace aux entreprises ministérielles. » Discours du 29 mai 1826.

exécutif en gagne; ce qui se comprend aisément, les entreprises des corps judiciaires n'étant jamais qu'accidentelles, bruyantes mais passagères; celles de la puissance administrative étant continues, silencieuses et persévérantes, conduites par une volonté supérieure qui se faisait sentir partout à la fois et à toute heure.

Comme Tocqueville l'a remarqué[1], il n'y avait pas en Europe de pays où les tribunaux ordinaires fussent constitués d'une manière plus indépendante qu'en France; — mais, en revanche, il n'y en avait pas où le pouvoir royal, pour échapper à la gêne qu'ils lui imposaient, eût introduit plus de juridictions exceptionnelles et, par mille moyens détournés, eût plus rétréci le domaine de la justice régulière.

A l'origine, les parlements, bien loin de se montrer hostiles à la royauté, avaient été dans ses mains un instrument docile et énergique. Pendant deux siècles, ils l'avaient aidée dans sa lutte contre les grands vassaux. La justice royale avait été un des engins les plus efficaces avec lesquels la féodalité fut battue en brèche. Mais, la féodalité vaincue, le pouvoir royal trouva dans cette nouvelle puissance, la puissance judiciaire, sinon une rivale ou une ennemie, du moins un frein gênant et un contrôle importun, et il se mit de ce moment à la combattre comme il avait fait de la féodalité; il

1. *L'Ancien Régime et la Révolution*, chap. IV.

travailla à la restreindre, ne pouvant la subordonner.

Une détestable mesure fiscale, la vénalité des charges, avait produit, en effet, un résultat excellent, que personne n'avait prévu. En devenant propriétaires de leurs offices, les magistrats avaient acquis plus que l'inamovibilité; ils avaient acquis la pleine et absolue indépendance. Ils étaient les organes de la justice, et non les officiers du roi.

C'est Richelieu qui, le premier, travaille énergiquement à restreindre l'autorité des parlements. Non-seulement il leur défend toute intervention politique et administrative, mais il entreprend autant qu'il le peut sur leurs attributions judiciaires par des commissions royales et des tribunaux d'exception.

C'est lui qui crée les intendants, puissant instrument de centralisation qui a fondé, on peut le dire, l'unité administrative de la France. Et pour soutenir ses intendants repoussés et combattus dès le début par les parlements, il réorganise le conseil du roi, ou conseil d'État, et lui fait casser les arrêts de justice qui gênent l'action gouvernementale.

Dès lors commence, entre les intendants et les parlements, cette longue lutte qui durera jusqu'à la Révolution. Mais dès lors aussi, à travers les entreprises et les usurpations réciproques, on voit de plus en plus l'avantage rester à l'administration, et sa prédominance s'accentuer de jour en jour.

Dès qu'un conflit s'élève entre l'intendant et une cour de justice, le conseil du roi évoque l'affaire et s'en empare. Déjà les légistes de l'administration formulent ces maximes qu'on entendra encore répéter de nos jours : que le droit particulier doit céder à l'intérêt général; — que les magistrats ne sont pas aptes à apprécier les exigences administratives et les nécessités d'ordre public. Ils partent de ce principe, que la puissance publique résidant tout entière dans la personne du roi, il a seul le droit de déterminer l'étendue des pouvoirs qu'il délègue à ses officiers; et c'est de là qu'ils dérivent le droit pour le conseil du roi de vider les conflits d'attribution[1]. En cela, il faut le dire, ils étaient plus logiques qu'on ne l'est aujourd'hui : la prérogative royale était de principe dans l'ancienne monarchie. Ce qui est étrange, c'est que nos légistes modernes prétendent tirer les mêmes conséquences du principe tout contraire de la séparation des pouvoirs.

Colbert achève ce qu'avait commencé Richelieu. Il érige le conseil d'État en haute cour de justice, et lui donne le droit exclusif d'interpréter les édits et ordonnances. Il ôte aux corps judiciaires toutes les affaires où l'administration est intéressée, et en remet la décision aux intendants.

Depuis Louis XIV, voici en gros ce qu'est deve-

1. L'intendant est le mandataire du roi, et on comprend dès lors que sa commission, quand les termes n'en étaient pas restreints par exception, lui conférait les pouvoirs les plus absolus et les plus illimités.

nue cette juridiction administrative, dont le cercle est allé constamment s'élargissant.

Tout en haut, à côté du trône, est le conseil du roi. Comme conseil de gouvernement, il exerce, sous le bon plaisir du roi, la puissance législative, discute les lois, fixe et répartit les impôts. Comme conseil supérieur d'administration, il établit les règles générales auxquelles doivent se conformer les agents du gouvernement. En outre, « il est tout à la fois : cour suprême de justice, car il a le droit de casser les arrêts de tous les tribunaux ordinaires ; — tribunal supérieur administratif, car c'est de lui que ressortissent en dernier ressort toutes les juridictions spéciales [1]. »

Dans chaque province, est un intendant qui, choisi dans le sein du conseil, le représente et exerce, en premier ressort, les mêmes pouvoirs : — c'est-à-dire est à la fois administrateur et juge. Soit seul, soit assisté de fonctionnaires inférieurs appelés *gradués*, il juge, sauf appel au conseil, toutes les contestations où l'intérêt administratif est en lutte avec l'intérêt privé : les difficultés relatives à la capitation, au dixième, ainsi qu'à tous les impôts directs ou indirects *de création récente*[2]; et toutes celles qui

1. Tocqueville, *l'Ancien Régime et la Révolution*, chap. II, p. 76.

2. Le contentieux des impositions *anciennes* restait aux juges ordinaires : les bureaux d'élection statuaient en matière de tailles, la Cour des aides étant juge d'appel ; — les greniers à sel statuaient en matière de gabelle.

concernent les droits domaniaux, les travaux publics, les marchés et contrats passés avec les entrepreneurs, le règlement des indemnités dues aux particuliers, la police du roulage, celle de la navigation et des ports, le tirage de la milice et les exemptions, etc., etc.

Dans chaque canton, un subdélégué exerçait la plupart des mêmes pouvoirs, notamment pour la répartition des impôts, la fixation de chaque cote, les exemptions de la milice, — sauf recours à l'intendant et au conseil [1].

Les édits et déclarations, aussi bien que les arrêts du conseil du roi, dans le dernier siècle de la monarchie, se terminent toujours par cette formule : « Ordonne en outre Sa Majesté que toutes les contestations, qui pourront survenir sur l'exécution du présent arrêt, circonstances et dépendances, seront portées devant l'intendant pour être jugées par lui, sauf appel au conseil. Défendons à nos cours et tribunaux d'en prendre connaissance. »

« Dans les matières réglées par les lois ou des coutumes anciennes, où cette précaution n'a pas été prise, le conseil intervient sans cesse par voie d'*évocation*, enlève d'entre les mains des juges ordinaires l'affaire où l'administration est intéressée, et

1. Voy. Tocqueville, *l'Ancien Régime et la Révolution*, chap. II, et pour les détails : Dareste, *la Justice administrative en France*, première partie, chap. V.

l'attire à lui. Les registres du conseil sont remplis d'arrêts d'évocation de cette espèce. Peu à peu l'exception se généralise ; le fait se transforme en théorie. Il s'établit, non dans les lois, mais dans l'esprit de ceux qui les appliquent, comme maxime d'État, que tous les procès dans lesquels un intérêt public est mêlé, ou qui naissent de l'interprétation d'un acte administratif, ne sont point du ressort des juges ordinaires, dont le seul rôle est de prononcer entre des intérêts particuliers. En cette matière, nous n'avons fait que trouver la formule ; à l'ancien régime appartient l'idée...

« En général, c'est devant les tribunaux administratifs que se vident tous les procès dans lesquels l'autorité publique est intéressée[1].

« Les intendants veillent avec grand soin à ce que cette jurisprudence exceptionnelle s'étende sans cesse : ils avertissent le contrôleur général et aiguillonnent le conseil. La raison que donne un de ces magistrats pour obtenir une évocation mérite d'être conservée : « Le juge ordinaire, dit-il, est soumis à « des règles fixes, qui l'obligent de réprimer un fait « contraire à la loi ; mais le conseil peut toujours « déroger aux règles dans un but utile[2]. »

Voilà en somme, et sans entrer dans un détail

1. Même dans les pays d'états, où les fonds destinés aux travaux publics étaient votés par les états de la province, c'était toujours l'intendant qui jugeait le contentieux.

2. Tocqueville, *l'Ancien Régime et la Révolution*, chap. IV.

qui serait ici inutile, quel était l'état des choses sous l'ancien régime.

Le principe constitutionnel d'alors, le dogme monarchique, si je puis dire, étant que tous les pouvoirs sont réunis dans la personne du roi, qu'en lui réside la puissance publique tout entière, on en tirait ces deux conséquences très-logiques : 1° Que tout ce qui n'était pas, par disposition ancienne, attribué à des juges spéciaux, tombait par là même sous la juridiction propre du souverain, c'est-à-dire sous celle de son mandataire, l'intendant, en premier ressort; sous celle du conseil d'État, en appel. — 2° Que tout arrêt de justice contraire aux lois générales du royaume, *ou à l'intérêt de l'État*, pouvait être cassé par le conseil du roi; et à cet effet, le roi, comme souverain et *juge universel et suprême* dans son royaume, avait le droit d'évoquer à lui-même toute contestation ou de commettre qui il lui plaisait pour la juger[1].

Telle est la doctrine que les légistes de la royauté avaient peu à peu fait prévaloir, et qui, depuis Louis XIV, était admise sans conteste. Il est facile de comprendre comment, grâce à elle, le pouvoir central avait de jour en jour élargi le cercle de son action, et étendu le domaine de la juridiction administrative aux dépens du domaine incessamment entamé, resserré, réduit, de la justice ordinaire.

1. Voy. *Mémoire de M. d'Aube sur les Intendants* (1738), cité par Dareste, *Justice administrative*, première partie, chap. v, p. 115-6-7.

La Révolution de 1789 inaugurait un droit tout nouveau. Elle déplaçait la souveraineté; elle la transportait du roi à la nation : souverain encore de nom, le roi n'allait plus être en réalité que le chef du gouvernement, le dépositaire du pouvoir exécutif. La souveraineté effective était partagée en trois branches, en trois pouvoirs distincts[1]; et le principe de la séparation de ces pouvoirs allait être écrit en tête de la nouvelle constitution et servir de règle à l'organisation nouvelle de l'administration et de la justice[2].

En présence de l'état de choses ancien que je viens d'esquisser, qu'avait à faire l'Assemblée constituante? que fit-elle?

Ce qu'elle avait à faire, il est bien facile de le dire, ce semble.

Il fallait appliquer résolûment et dans toute sa rigueur le grand et salutaire principe formulé par Montesquieu. Il fallait rendre chacun des pouvoirs indépendant dans sa sphère; mais, en même temps, il fallait l'y enfermer, et lui défendre d'en sortir.

Il fallait empêcher les magistrats de faire des ordonnances, des règlements de police, d'administrer en un mot; car il est nécessaire que l'administration garde sa pleine liberté de mouvement. Mais il fallait aussi empêcher l'administration de juger, de trancher certains litiges et d'empiéter sur le terrain

1. Constitution du 3 septembre 1791, titre III, art. 1 à 5.
2. *Id.*, Déclaration des droits, art. 16.

judiciaire; car il est contraire aux principes que celui qui est administrateur soit en même temps juge.

Par malheur, l'Assemblée constituante abordait cet important sujet avec des préoccupations fâcheuses et qui devaient nuire à la sagesse de ses résolutions. Un sentiment de profonde défiance l'animait contre l'ancien pouvoir judiciaire. De l'histoire des parlements, elle ne se rappelait que leurs prétentions exagérées à un rôle politique, que leurs empiétements parfois factieux sur le pouvoir royal. Le souvenir de la vénalité des charges était odieux; on en oubliait les bons effets pratiques pour n'en voir que l'absurdité trop manifeste. La vieille magistrature apparaissait à beaucoup d'esprits comme un débris de la féodalité, comme une sorte d'institution privilégiée qu'il fallait aussi renverser. Enfin cette disposition des esprits s'accrut de la résistance qu'opposèrent la plupart des parlements aux premiers projets de réforme, et à tout ce mouvement de rénovation sociale et politique qui éclata aussitôt après la réunion des états généraux.

Sous l'influence de toutes ces causes, on passa le but. La crainte exagérée qu'on eut de trouver dans les corps judiciaires des ennemis de la liberté nouvelle fit qu'au lieu de les réorganiser on les détruisit.

Il eût suffi d'abolir la vénalité des offices, et de pourvoir par un moyen légal à la nomination des magistrats, en remplaçant la propriété par l'inamo-

vibilité. On eût constitué de la sorte une justice à la fois digne, indépendante et forte. — Au lieu de cela, on créa une magistrature élective et temporaire; ce qui est le plus détestable de tous les systèmes, car il met le magistrat dans la dépendance des électeurs, c'est-à-dire de ses justiciables, et lui ôte à la fois la dignité, la sécurité, la longue expérience et l'autorité morale.

Il eût suffi d'interdire aux corps judiciaires toute immixtion soit dans les choses de législation et de gouvernement, soit dans la marche des affaires administratives : mais il fallait les laisser souverains dans leur domaine propre, parce que leur autorité et leur indépendance sont la sauvegarde des droits du citoyen. Au lieu de cela, on ne songea qu'à les amoindrir et les affaiblir; on fit tout pour protéger contre eux la souveraineté populaire, rien pour protéger contre la souveraineté populaire la liberté civile.

Le premier soin de l'Assemblée fut de poser des barrières pour empêcher tout envahissement, toute entreprise possible des corps judiciaires sur l'administration.

La loi même qui les réorganise (loi du 16 août 1790) porte, titre II, art. 13 : « Les fonctions judi-
« ciaires sont distinctes et demeureront toujours
« séparées des fonctions administratives. Les juges
« ne pourront, à peine de forfaiture, troubler, de
« quelque manière que ce soit, les opérations des
« corps administratifs, ni citer devant eux les

« administrateurs pour raison de leurs fonc-
« tions. »

La constitution, édictée un an après (3 septembre 1791) répète et confirme cette disposition : « Les « tribunaux ne peuvent s'immiscer dans l'exercice « du pouvoir législatif ou suspendre l'exécution des « lois, ni entreprendre sur les fonctions administra- « tives, ou citer devant eux des administrateurs pour « raison de leurs fonctions[1]. »

Jusque-là, c'était fort bien. On interdisait aux tribunaux de sortir de leur domaine et de troubler ou d'entraver par des entreprises illégales la marche de l'administration. C'était sage, c'était politique, c'était conforme aux principes.

Mais cela fait, l'Assemblée n'avait fait que la moitié de sa tâche. Restait une question grave. Il y a entre le domaine judiciaire proprement dit et le domaine administratif un terrain mixte, tenant de l'un et de l'autre : c'est ce qu'on appelle en langage technique le *contentieux administratif*. Cela comprend tous les litiges qui s'élèvent entre les particuliers et l'administration à l'occasion des actes de cette dernière. Affaires de nature spéciale, qui tiennent des procès ordinaires en ce qu'il y a contestation entre des droits contraires, et qui touchent à l'administration en ce que le débat s'élève à propos d'un acte administratif.

A qui attribuer ce terrain intermédiaire, sur lequel

1. Titre III, chap. v, art. 3.

depuis plusieurs siècles s'était engagée la lutte opiniâtre des anciennes cours de justice d'une part, des intendants et du conseil du roi de l'autre?

On avait à choisir entre trois partis : — déférer ces affaires mixtes aux magistrats de l'ordre judiciaire ; — ou bien créer des tribunaux spéciaux chargés de les juger; — ou bien, enfin, en laisser la décision à l'administration elle-même.

Le comité de constitution, frappé des lenteurs et des frais de la justice ordinaire, s'était rallié au second système. Il proposait d'établir dans chaque département un tribunal d'administration, composé de cinq juges élus : « pour juger, d'après des lois précises et des formes déterminées, les affaires contentieuses qui peuvent s'élever à l'occasion de l'impôt ou relativement à l'administration. » (Rapport du comité.)

On combattit cette proposition, fort sage pourtant, comme créant un rouage inutile; on lui reprocha de couvrir la France de juges, de rétablir « quatre-vingt-trois cours des aides, » et d'augmenter ainsi le poids des impôts. Le projet fut rejeté.

Restaient les deux partis extrêmes.

Un membre, Chabroud, député du Dauphiné, posa les vrais principes : « Les officiers municipaux, dit-« il, doivent faire les dispositions générales pour « qu'une bonne police soit observée. Les corps ad-« ministratifs doivent régler la marche de l'admi-« nistration et la perception de l'impôt. Les officiers « municipaux et les corps administratifs doivent

« même avoir ce droit de répondre aux demandes « des citoyens qu'on appelle la *juridiction gra-* « *cieuse*. Jusque-là il n'est pas nécessaire de créer « des tribunaux. — Mais aussitôt qu'un différend « survient entre des particuliers, aussitôt qu'une « opposition est formée, *voilà un litige dont les* « *administrateurs ne doivent pas connaître, parce* « *qu'ils ne sont pas des juges*. Et s'il n'y a aucun « motif d'en ravir la connaissance aux tribunaux « ordinaires, il ne faut pas créer inutilement d'au- « tres tribunaux. »

Chabroud avait raison. Les administrateurs ne peuvent pas être des juges; administrer et juger sont deux fonctions différentes et qui ne doivent pas être réunies. Il faisait enfin une distinction parfaitement juste entre ce qu'on appelle la juridiction gracieuse, qui n'est que l'appréciation libre des simples réclamations, et la juridiction contentieuse qui est le jugement des procès : la première que personne ne conteste à l'administration; la seconde qui appartient en principe aux tribunaux.

Mais, je l'ai déjà dit, l'ordre judiciaire était suspect à l'Assemblée; elle ne songeait qu'à le restreindre et le diminuer[1]. Sous prétexte de le réorganiser,

1. Thouret, le rapporteur du comité d'organisation judiciaire disait, le 24 mars 1790 : « Si la nation doit s'honorer « de la vertu de quelques magistrats bons patriotes, une foule « de faits malheureusement incontestables annoncent que le « plus grand nombre hésitent encore à se montrer citoyens, « et qu'en général l'esprit des grands corps judiciaires est

elle l'avait abattu par la loi du 16 août 1790. Elle repoussa le second système, défendu par Chabroud, comme elle avait rejeté le premier; et elle décida que les affaires de contentieux administratif seraient renvoyées au directoire de chaque département.

On sait quelle était à cette époque l'organisation administrative des départements. Une loi du 22 septembre 1789 avait créé, dans chaque département, un conseil d'administration (analogue à nos conseils généraux d'aujourd'hui), composé de trente-six membres, nommés pour quatre ans par les électeurs du département. A côté de ce corps délibérant, l'administration active était confiée à un directoire, composé de huit membres choisis par le conseil lui-même et dans son sein. Les districts avaient, à côté d'un conseil semblable, un directoire de quatre membres. — C'est par ces directoires mêmes qu'un député, Pezons, du Tarn, proposa de faire juger les litiges administratifs.

« Ces directoires, dit-il, composés d'hommes « choisis par le peuple, pour un temps très-court, « et toujours en activité, doivent conduire toutes « les affaires de l'administration. Pourquoi ne vide-

« un esprit ennemi de la régénération. Ce qui s'est passé à « Rouen, à Metz, à Dijon, à Toulouse, à Bordeaux et surtout « à Rennes en fournit une preuve éclatante. Concluons qu'il « est nécessaire de recomposer constitutionnellement tous « nos tribunaux, dont l'état actuel est inconciliable avec « l'esprit et les principes de notre Constitution régénérée. »

« raient-ils pas les questions contentieuses qui en « dépendent? Auront-ils moins de lumières, moins « d'équité que les anciennes assemblées d'états ou « leurs commissions, que les intendants, que les « cours des aides?... A l'égard des contestations « relatives aux travaux publics, l'administration en- « tière du département en prendrait connaissance ; « le procureur syndic plaiderait devant elle contre « les particuliers; et vous ne devez pas craindre la « partialité des administrateurs. Dans l'ancien ré- « gime, les tribunaux, le conseil du roi condam- « naient souvent le ministère public ou l'adminis- « tration. Vous n'espérez pas moins d'équité sous « une constitution libre. »

Ces belles raisons l'emportèrent; et ce fut là le système mis en vigueur par la loi du 7 septembre 1790. — Les directoires de district furent chargés de statuer en premier ressort, et la direction du département en appel, sur tout le contentieux administratif.

On ne peut se défendre de quelque étonnement en voyant une assemblée aussi éclairée, aussi libérale, admettre si aisément un système aussi étrange. C'est au fond le système de l'ancien régime, de la monarchie absolue. On se borne à substituer les directoires aux intendants; voilà tout : ce que les intendants jugeaient, les directoires le jugeront. Les personnes sont changées, mais le principe est le même; c'est à savoir que le contentieux administratif est une dépendance de l'administration, et que celui

qui administre peut aussi juger les affaires qui intéressent l'administration !

Et pourtant les membres de cette assemblée étaient des disciples de Montesquieu. Et c'était la même assemblée qui, un an plus tard, allait, dans sa *Déclaration* des droits, écrire cette maxime : « Toute société dans laquelle la garantie des droits « n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs « déterminée, n'a point de constitution (art. 16). »

Disons-le cependant : si, en principe, c'est là une violation flagrante de l'axiome de la séparation des pouvoirs, en fait, il faut convenir que le système de l'Assemblée constituante trouvait dans la pratique certains correctifs. L'administrateur était juge, il est vrai; mais cet administrateur, au lieu d'être un intendant, était un corps électif et temporaire. Il y avait là, pour les droits des particuliers, une certaine garantie. On n'avait plus affaire, en cas de procès, à un fonctionnaire salarié, homme du roi, nommé et révocable par le roi; on avait affaire à un certain nombre de citoyens, domiciliés dans le département, élus par le département, très-indépendants du pouvoir central, moralement et politiquement responsables devant les électeurs de la façon dont ils remplissaient leur mandat.

Mauvais système, j'en conviens, au point de vue de l'action administrative; une direction multiple, changeante, soumise aux oscillations de l'opinion, ne peut que manquer de suite et de fermeté. Mais au point de vue des intérêts privés et du jugement

du contentieux, il est évident que cette administration, toute locale par son origine et son titre, promettait aux citoyens une justice plus douce, une protection plus assurée, que ne faisait autrefois l'administration royale des intendants et des subdélégués, administration centralisée, irresponsable, nourrie des traditions de la monarchie absolue, pleine de zèle, d'ambition, et représentant un pouvoir qui ne supportait pas qu'on le discutât.

Telle fut l'organisation créée par l'Assemblée constituante. Organisation doublement défectueuse : elle énervait l'administration en lui ôtant l'unité d'action et l'indépendance dont elle a besoin; elle posait un détestable principe en chargeant les administrateurs de juger eux-mêmes les procès où l'administration était intéressée. Déjà il semble qu'on voit poindre ici, à la place des doctrines vraiment libérales de Montesquieu, la doctrine autoritaire et tyrannique de Rousseau, la dangereuse théorie de la souveraineté du peuple. La séparation des pouvoirs est proclamée; mais, comme bien d'autres maximes, elle reste à l'état d'abstraction. Le pouvoir exécutif et le pouvoir judiciaire sont déjà, dans la constitution de 1791, subordonnés, énervés. Le peuple souverain est seul législateur; il est administrateur; il s'en faut de peu qu'il soit juge : il l'est pleinement en matière de contentieux administratif.

Mais la loi de septembre 1790, et ses directoires de département et de district, et la constitution de

91, tout cela est bientôt emporté dans le mouvement désordonné de la Révolution. La Convention saisit et concentre dans sa main de fer tous les pouvoirs. Ses comités administrent et du même coup tranchent les difficultés administratives. Sous le nom de souveraineté du peuple, c'est la dictature et l'arbitraire. Il n'y a plus de justice, il n'y a plus de liberté.

Avec le Directoire et la constitution du 5 fructidor an III (22 août 1795), il semble qu'il y ait comme un retour vers les idées libérales. Mais si la liberté politique reprend quelque vie, la liberté civile ne retrouve guère de garantie. La centralisation administrative se resserre; la juridiction administrative est plus fortement organisée.

Dans chaque département, on crée, sous le nom d'*administration centrale*, un corps de cinq personnes, remplaçant les directoires et les conseils de département. Cette administration centrale réunit dans ses mains l'action, la délibération et le jugement du contentieux.

Moins que jamais on admet que l'autorité judiciaire intervienne dans les contestations nées des actes administratifs[1].

1. Un décret du 16 fructidor, an III, porte ceci : « La Convention nationale, après avoir entendu son comité des finances, décrète qu'elle annule toute procédure et jugement intervenus dans les tribunaux judiciaires contre les membres des corps administratifs et comités de surveillance, sur réclamations *d'objets saisis, de taxes révolutionnaires*, et d'autres actes d'administration émanés desdites autorités pour l'exécution des lois et arrêtés des représentants du peuple en mis-

L'état de choses, organisé par la constitution de l'an III, souleva des plaintes nombreuses. Les administrations centrales étaient devenues, dans chaque département, des instruments de tyrannie et de vexation. Le pouvoir était faible en haut et despotique en bas.

Le consulat (constitution du 22 frimaire an VIII, 13 décembre 1799) fonda un système nouveau; c'est celui qui dure encore. Au lieu de confier le contentieux administratif aux administrateurs eux-mêmes, comme l'avaient fait l'Assemblée constituante et les gouvernements qui avaient suivi, il créa pour en connaître une magistrature spéciale. Il y avait là incontestablement un progrès. Mais quelle allait être cette magistrature spéciale? Tout était là; et, en fait, il se trouva que le progrès fut plus apparent que réel.

La constitution de l'an VIII avait créé, sous la direction des consuls, un conseil d'État « chargé de rédiger les projets de loi et règlements, et *de*

sion, ou sur répétition des sommes et effets versés au Trésor public.

« Défenses itératives sont faites aux tribunaux de connaître des actes d'administration, *de quelque espèce qu'ils soient*, aux peines de droit, sauf aux réclamants à se pourvoir *devant le comité des finances*, pour leur être fait droit, s'il y a lieu, en exécution des lois... »

Une autre loi, du 21 fructidor an III (art. 27) porte : « En cas de conflit d'attributions entre les autorités judiciaires et administratives, *il sera sursis jusqu'à décision du ministre* (de la justice), confirmée par le directoire exécutif. »

résoudre les difficultés qui s'élèveraient en matière administrative. » (Art. 52).

Une loi postérieure, celle du 28 pluviôse an VIII, organisant l'administration intérieure, établit dans chaque département : 1° Un préfet, chargé de l'administration proprement dite ; — 2° un conseil général, chargé de la répartition des contributions ; — et 3° un conseil de préfecture, chargé de juger le contentieux en premier ressort, l'appel étant porté devant le conseil d'État [1].

Voici en quels termes l'orateur du gouvernement devant le Corps législatif, le conseiller d'État Rœderer, exposait les motifs de cette organisation : « Sous « le régime qui a précédé la Révolution, une grande « partie du contentieux de l'administration était « portée devant les tribunaux, *qui s'étaient fait un*

1. Ce contentieux restait fixé par la législation de 1790 (6 septembre). Il comprenait les réclamations en matière de contributions directes, l'exécution des marchés passés avec les entrepreneurs, les indemnités dues à des particuliers pour des fouilles sur leurs terrains, même celles dues pour dommages causés par le fait personnel des entrepreneurs (ce qui est déjà singulièrement exorbitant). Mais la loi du 28 pluviôse y ajoute les contraventions de la grande voirie ; — et voilà du coup, comme le remarque Henrion de Pansey, « les conseils de préfecture transformés en tribunaux correctionnels, » et appliquant des amendes. (*De l'Autorité judiciaire*, chap. 42). — Elle y ajoute aussi les difficultés relatives aux adjudications de biens nationaux, adjudications qui n'étaient pourtant que de véritables actes de vente. « C'était là, observe le même auteur, se porter dès le premier pas dans le centre du domaine judiciaire. » (*Ibid.*)

« *esprit contraire à l'intérêt du Trésor public*. Leur « partialité détermina l'Assemblée constituante à « réunir le contentieux de l'administration avec « l'administration elle-même; et comme cette As- « semblée remit les fonctions administratives à des « directoires nombreux, elle crut pouvoir faire de « ces corporations des espèces de tribunaux. En « effet, la justice pouvait trouver quelque sûreté « dans ce système : c'est avec l'administration qu'il « était incompatible, parce que les ordres du gou- « vernement et les lois elles-mêmes rencontraient « la délibération là où elles ne devaient trouver « qu'empressement à l'action et à l'obéissance.

« Le gouvernement croit avoir pris un juste mi- « lieu entre l'ancien système qui séparait la justice « administrative et l'administration comme incon- « ciliables, et le nouveau qui les cumulait dans les « mêmes mains, comme si elles eussent été une « seule et même chose. »

Rœderer fait ici à l'ancien régime un reproche bien immérité : si l'ancien régime encourait un reproche, ce n'était pas de séparer la justice administrative de l'administration; c'était de laisser envahir le terrain judiciaire par le pouvoir administratif, et le terrain administratif par le pouvoir judiciaire. Il ne semble pas d'ailleurs avoir le moindre doute sur cette grave question de savoir si le contentieux administratif peut appartenir à l'administration : il ne paraît pas seulement soupçonner que le principe de la séparation des pouvoirs y soit engagé.

Était-il vrai du moins que le système nouveau fût un juste milieu entre l'ancien régime et le régime de 1790?

Assurément les préfets étaient de meilleurs instruments d'administration que les directoires; mais on est obligé d'avouer que ceux-ci offraient *quelque sûreté à la justice*. Assurément aussi les nouveaux conseils de préfecture valaient mieux, pour juger les affaires administratives, que l'ancien intendant qui statuait la plupart du temps seul. Mais ces conseils, composés de fonctionnaires subordonnés au préfet et dépendants du ministre, étaient-ils de véritables tribunaux? Cette magistrature *spéciale* était-elle placée dans des conditions d'indépendance et d'impartialité? Offrait-elle aux intérêts privés des garanties suffisantes? Il est permis d'en douter.

Un mot de l'*Exposé des motifs* de Rœderer laisse deviner la véritable pensée de la loi. « Autrefois, dit-il, les tribunaux s'étaient fait un esprit contraire à l'intérêt du Trésor public. » Si cela veut dire que la royauté avait quelquefois rencontré dans les corps judiciaires une résistance à l'établissement et à la perception de certaines taxes, le grief est fondé; mais c'était là de la part des magistrats une intervention politique ou législative qui n'est plus à craindre depuis 1789. Si Rœderer veut dire, au contraire, que l'esprit des tribunaux civils est généralement, dans les contestations relatives à l'assiette et à la répartition de l'impôt, plus favorable aux citoyens qu'au fisc, le reproche, en fait, paraît peu

mérité; mais, le fût-il, il serait peu sérieux. C'est surtout en matière d'impôts qu'il faut une justice scrupuleuse; et si la balance doit pencher d'un côté, dans le doute, il semble que ce doive être du côté du contribuable et non du côté du fisc.

Mais des tribunaux indépendants deviennent aisément gênants; et le gouvernement ne voulait pas trouver de résistance dans son action administrative : voilà la pensée de la loi.

Au surplus, le consulat, dans toute cette organisation, ne créait rien d'absolument nouveau. Il n'avait eu besoin de rien inventer; il lui avait suffi de ressusciter, en les perfectionnant, les institutions de la monarchie absolue, qui lui convenaient à merveille. A la place du conseil du roi, il mettait le conseil d'État, présidé par un ministre et jugeant en dernier ressort le contentieux administratif; à la place de l'intendant ou du subdélégué assisté de ses *gradués*, il mettait le préfet présidant le conseil de préfecture et jugeant au premier degré.

Ainsi, le premier consul reprenait tout simplement les traditions de l'ancien régime. Non content de reconstituer une administration plus savante, plus forte, mieux centralisée, il réorganisait la juridiction administrative dans des conditions plus régulières et sur une plus large échelle.

Si bien qu'au moment où la Révolution finissait, le résultat était celui-ci : les corps judiciaires avaient perdu le terrain autrefois usurpé par eux sur l'administration ; mais l'administration n'avait rien

perdu; elle restait en possession de tout ce qu'elle avait jadis usurpé sur la justice ordinaire et même de quelque chose de plus. Non-seulement elle en gardait la possession de fait; mais chose plus grave, cette possession était confirmée et légalisée dans ses mains au nom des nouvelles idées, des nouveaux principes. Les tribunaux étaient bridés, sévèrement enfermés dans les limites étroites de leur juridiction. L'administration libre de tous ses mouvements, maîtresse de tous ses actes, restait en réalité juge des contestations où elle était intéressée; non-seulement elle en restait juge, mais elle gardait le pouvoir de régler seule sa compétence et par là d'étendre à son gré le cercle de ses attributions.

Un droit énorme, en effet, — le droit d'élever *les conflits*, c'est-à-dire de soustraire aux tribunaux ordinaires une affaire où l'administration se prétendait engagée, fut donné aux préfets; le conseil d'État statuant en cas de difficulté. A bien dire, c'était l'ancien droit d'*évocation*, avec cette différence qu'autrefois il n'était exercé qu'extraordinairement et par arrêt du conseil, tandis qu'il devenait une faculté commune et était remis aux mains des préfets[1].

1. « Ce décret, dit Henrion de Pausey, est du 13 brumaire an X (1802). On organisait alors le despotisme qui ne tarda pas à peser sur la France, et pour pouvoir agrandir à volonté le domaine de l'arbitraire, il importait d'avoir sur tous les points des agents toujours prêts à interdire aux tribunaux la connaissance des affaires que l'on voulait soustraire à l'inflexible sévérité des lois. » *De l'Autorité judiciaire*, chap. 44.

CHAPITRE III

De la justice administrative. — Du principe de la séparation des pouvoirs. — Examen des raisons qu'on allègue en faveur de la juridiction administrative.

La justice administrative, telle que l'ont constituée les lois de l'an VIII, subsiste encore en France, à l'heure qu'il est, dans tout ce qu'elle avait d'essentiel. Quelques détails ont été modifiés, l'ensemble est resté le même. Le système s'est plutôt fortifié qu'affaibli; le cercle de la juridiction s'est plutôt étendu que resserré. On peut même dire qu'il continue tous les jours de s'étendre, grâce au vague des définitions, à l'incertitude des délimitations, et à l'esprit envahissant et subtil des légistes du pouvoir.

Je n'ai point à entrer dans tous ces détails. Il suffit à mon objet d'avoir esquissé les grandes lignes du système, d'en avoir montré le point de départ, le principe générateur et les plus importantes applications.

L'habitude, l'éducation, certains préjugés trop répandus en France, nous font trop illusion sur le caractère et la portée de ce système. Il faut secouer un instant ces idées préconçues; il faut regarder en face cette institution de la justice administrative,

unique au monde, que nous a léguée le consulat, la confronter avec les principes, et lui demander compte des théories sur lesquelles elle repose.

Le grand principe qui domine cette matière, je l'ai déjà rappelé, c'est le principe de la séparation des pouvoirs. J'ai dit que, depuis Montesquieu, ce principe était devenu en quelque sorte une maxime de notre droit public; j'ai ajouté qu'on ne le contestait plus.

Sur ce dernier point, je me suis trompé. Il y a encore des légistes, en petit nombre il est vrai, imbus des idées du vieux droit monarchique, qui soutiennent une autre théorie. Selon eux, il n'y a que deux pouvoirs dans l'État, le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif : la justice n'est, comme l'administration, qu'une branche du pouvoir exécutif. — Dans ce système la justice, émanation et dépendance du gouvernement, serait de deux sortes : l'une, chargée de juger les procès des particuliers entre eux, que le souverain ne peut exercer par lui-même, et qui est rendue en son nom par les tribunaux; l'autre, chargée de statuer sur toutes les difficultés où l'État est intéressé, qui est exercée par les tribunaux exceptionnels et où le souverain se réserve toujours de prononcer lui-même en dernier ressort. La première est la justice ordinaire ou *déléguée;* la seconde est la justice administrative, qu'ils appellent justice *retenue* ou *réservée* [1].

1. Voy. Macarel, *Cours de droit administratif.*— Ducrocq, *Traité de droit administratif.*

C'est là, il faut le dire, une théorie commode pour les gouvernements. Car elle justifierait non pas seulement la juridiction administrative, mais tous les tribunaux exceptionnels, toutes les juridictions spéciales, toutes les commissions extraordinaires qu'il leur plairait d'instituer. Il y a plus : si la justice ordinaire n'est qu'une émanation et une dépendance du pouvoir exécutif; si elle lui appartient en principe et n'est que *déléguée* par lui, on ne voit pas pourquoi, quand il le jugera nécessaire, il ne pourrait pas en retenir la délégation et la rappeler à lui. Les théoriciens dont nous parlons comparent la justice à l'autorité militaire, dont le souverain délègue aussi l'exercice. Si la comparaison est juste, il faut dire que le magistrat est, comme le soldat, dans la dépendance du pouvoir et que son premier devoir est d'obéir. Quelle idée se fait-on de la justice?

On est bien obligé de reconnaître qu'en donnant l'inamovibilité aux juges, on a voulu assurer leur indépendance. Comment comprendre une telle contradiction? Rien au monde ne serait plus illogique et plus absurde. Si les magistrats sont des agents du gouvernement exécutif, ils doivent être dépendants et révocables à son gré, comme les fonctionnaires de l'ordre administratif ou militaire : on n'aperçoit pas la raison d'une telle anomalie. Si, au contraire, l'indépendance et l'impartialité semblent nécessaires chez le juge, n'est-ce pas dans les procès où l'État sera intéressé, bien plus que dans ceux qui s'agiteront entre simples particuliers?

Cette étrange théorie semble un dernier vestige de la vieille doctrine monarchique qui se résumait en cet adage : « Toute justice émane du roi. » En droit féodal, c'était vrai. La souveraineté résidait, dans sa plénitude et avec tous ses attributs, dans la personne du roi. Le roi rendait la justice ou la faisait rendre, comme il rendait ou faisait rendre des ordonnances et des lois, comme il administrait ou faisait administrer l'État. Il était vrai alors de parler d'une justice *déléguée*, et on pouvait soutenir avec quelque apparence de raison, qu'il y avait une justice *retenue* ou *réservée*. Aujourd'hui tout cela n'a plus de sens. Ces mots répondent à des choses qui n'existent plus.

Les jurisconsultes que je combats confondent le pouvoir exécutif avec la souveraineté; deux choses bien différentes dans le droit nouveau. C'est confondre la partie avec le tout : le pouvoir exécutif n'est dans l'État moderne qu'un démembrement de la souveraineté.

Il est toujours vrai de dire que la justice émane de la souveraineté. Mais on oublie que la souveraineté, qui résidait autrefois dans le roi, ne réside plus que dans la nation; et c'est de là que la justice émane, comme en émanent le pouvoir exécutif et le pouvoir législatif.

Quand je dis que tel est le droit nouveau, que telle est la constitution de l'état moderne, ce n'est pas une théorie métaphysique que j'imagine. Je ne fais qu'analyser ce qu'on appelle les principes de

89 et me reporter aux grandes maximes de droit public proclamées par l'Assemblée constituante.

« Le principe de toute souveraineté réside essentiellement dans la nation; nul corps, nul individu ne peut exercer d'autorité qui n'en émane expressément. » Déclaration des droits, art. 3.

La constitution répète le même principe et le développe : « La nation, de qui seule émanent tous les pouvoirs, ne peut les exercer que par délégation... Le pouvoir législatif est délégué à une assemblée nationale... Le pouvoir exécutif est délégué au roi... Le pouvoir judiciaire est délégué à des juges élus à temps par le peuple. » (Constitution des 3-14 septembre 1791, titre III, art. 2, 3, 4 et 5.)

Voilà la vraie théorie des pouvoirs, dans le droit constitutionnel moderne. La Déclaration des droits a disparu, la constitution de 91 a disparu; les principes, grâce à Dieu, survivent. Vainement la charte de 1814 et celle de 1830 ont-elles reproduit le vieil axiome monarchique et féodal : « Toute justice émane du roi; » il n'avait plus le sens qu'il avait jadis. Il ne signifiait plus qu'une chose, c'est que les juges étaient choisis par le roi et que la justice se rendait en son nom. Mais la désignation et l'investiture sont choses distinctes du pouvoir; et du moment que le juge était inamovible, c'est-à-dire indépendant de la puissance royale, son pouvoir émanait d'ailleurs.

La constitution éphémère de 1848 n'a pas proclamé d'autres principes. Celle de 1852 qui nous

régit aujourd'hui, en se référant aux principes de 89, se les est manifestement appropriés. Et ce qui achève de le prouver, c'est qu'au lieu de répéter la maxime féodale des chartes de 1814 et de 1830, elle se borne à dire (ce qui est la formule exacte et vraie) : « La justice se rend *au nom* de l'empereur. » (Art. 7.)

J'ai quelque honte de m'arrêter si longtemps à réfuter cette doctrine de la justice *réservée*. Mais, si étrange, si monstrueuse qu'elle paraisse, on a vu qu'elle a trouvé de nos jours, même parmi des esprits distingués, des partisans. Il fallait, au moins en passant, la noter et protester contre elle. Il n'en est pas de plus fausse en principe; il n'en est pas de plus dangereuse en fait. C'est la théorie même de l'absolutisme[1].

Revenons aux principes.

La justice est un des pouvoirs de l'État. Elle est, comme la législation et le gouvernement, un démembrement de la souveraineté. Comme eux, pour

1. Tocqueville a écrit à ce sujet : « Que de tels axiomes soient jamais admis dans notre droit, et il n'y a pas de tyrannie, je ne crains pas de le dire, qui ne pût un jour en sortir, si la force venait jamais à en tirer les logiques et naturelles conséquences qu'ils renferment. Quant à moi, je déclare que je ne vois aucune raison de ne pas en conclure qu'il convient de renvoyer devant le juge administratif la connaissance des crimes et délits politiques. Assurément l'intérêt de l'État est ici plus engagé que quand il s'agit de l'exécution d'un marché. Les commissions de l'ancien régime ne sont pas nées d'un autre principe. » *Œuvres complètes*, t. IX, p. 69.

être souveraine dans sa sphère propre, elle doit être indépendante; et pour être indépendante, elle doit être séparée.

Ces principes, il faut le dire, sont aujourd'hui acceptés par l'immense majorité des publicistes; — par ceux-là même qui ont professé avec le plus d'autorité la science du droit administratif, et qui ont défendu avec le plus de zèle l'institution, toute française, de la justice administrative[1]. Il y a plus, et ceci ne laisse pas que d'être assez singulier : non-seulement ils admettent sans conteste le principe de la séparation des pouvoirs, mais ils l'invoquent à l'appui de leur thèse; ils prétendent en déduire comme conséquence la nécessité d'une juridiction administrative.

Tenons donc le principe pour accepté par tout le monde; tenons le pour le principe qui domine et doit régir la matière. Reste à s'entendre sur l'application et les conséquences; car il est bien clair que

1. Je n'en citerai qu'un. Je lis ces paroles expressives dans un des plus récents et des plus remarquables traités que nous ayons sur le droit administratif : « Tout gouvernement porte en soi au moins le germe des trois pouvoirs, *législatif, exécutif et judiciaire;* et *la différence qui sépare l'absolutisme de la liberté tient à la confusion ou à la distribution de ces éléments.* Réunis en un seul homme ou en une seule assemblée, ils constituent la monarchie absolue, l'absolutisme de l'ancienne Venise ou de la Convention. Séparés et contrebalancés les uns par les autres, ils deviennent le gouvernement libre... » Batbie, *Traité de droit administratif*, t. III, chap. 17, p. 366.

si tout le monde l'admet, tout le monde ne l'entend pas de la même manière.

On a déjà vu, en effet, dans le chapitre précédent, que tous nos législateurs, depuis la Constituante jusqu'à ceux de l'an VIII, ont proclamé ce grand principe. Mais on a vu aussi comment, en l'invoquant, ils l'avaient constamment violé.

Ils l'invoquaient contre la magistrature, et ils le violaient au profit de l'administration.

Défendre aux tribunaux de s'immiscer dans l'action administrative, c'était sensé et politique. Mais pour être logique et sensé jusqu'au bout, il fallait par contre ne pas permettre à l'administration de juger des procès. Le principe est vrai, ou il est faux. S'il est bon que la justice n'administre point, il ne peut pas être bon que l'administration juge.

Voilà ce que crie la raison; ce que veut la logique.

Comment donc le pouvoir exécutif, en France, a-t-il été investi de certaines attributions judiciaires? Comment se fait-il que, depuis 1789, quand les tribunaux ont cessé d'empiéter sur le domaine administratif, l'administration continue d'avoir un pied sur le domaine judiciaire?

On a peine à comprendre comment un tel état de choses peut être la conséquence logique, l'application raisonnable du principe de la séparation des pouvoirs. Il semble, au premier abord, que c'en est la violation flagrante.

C'est à tout le moins, on ne saurait le nier, une

étrange exception, une exception extraordinaire et d'une portée énorme au principe. Y a-t-il des raisons qui la justifient?

Examinons.

Il y a, avant tout, à faire une distinction capitale, faute de laquelle on court risque de s'égarer dans un malentendu perpétuel. C'est la distinction de ce que les légistes appellent la *juridiction gracieuse* et *la juridiction contentieuse*.

Le pouvoir exécutif, chargé de régir l'État, a par là même le droit de faire des ordonnances ou règlements pour l'exécution des lois, de prendre des mesures d'administration et de police, de rendre des décrets ou arrêtés sur tout ce qui touche à l'intérêt général. Si un intérêt privé se trouve atteint par une de ces mesures de l'administration, si un simple citoyen, se prétendant lesé, réclame; devant qui la réclamation devra-t-elle être portée? — Il ne peut y avoir de doute. La réclamation devra être portée devant l'administration, devant le pouvoir exécutif lui-même. Lui seul doit en être juge, et juge en dernier ressort. Il a agi en effet dans la limite de ses attributions; il a fait acte de gouvernement, d'administration pure. Soumettre ses actes ou ses décisions à une autorité étrangère, ce serait le subordonner à cette autorité. Permettre aux tribunaux de juger les réclamations soulevées par l'exercice régulier, légitime du pouvoir administratif, agissant dans le cercle qui lui a été tracé par la loi, ce serait les rendre arbitres des actes du gouvernement; ce serait

faire passer entre leurs mains en quelque sorte la direction administrative; ce serait leur rendre une partie des attributions politiques usurpées autrefois par les parlements.

C'est donc au gouvernement lui-même qu'on se plaindra d'une mesure prise par le gouvernement dans les limites de ses attributions, en vertu de son pouvoir discrétionnaire. C'est au souverain mieux informé, qu'on en appellera d'une décision prise par le souverain lui-même ou par un de ses agents, et qui, bien que parfaitement légale et prise dans la mesure de son droit, blesse certains intérêts privés et peut être susceptible de modifications ou d'atténuation. Ce n'est pas d'un droit que le réclamant se prévaut, c'est une supplique qu'il présente; ce n'est pas justice qu'il demande, c'est seulement faveur et grâce. De là le nom de *juridiction gracieuse*.

Sur ce point, aucun doute n'a jamais pu s'élever : cette juridiction-là, elle appartient de droit à l'administration, elle ne peut appartenir qu'à elle. C'est l'application directe, rigoureuse, indiscutable, du principe de la séparation des pouvoirs.

Mais voici un cas tout autre : il ne s'agit plus d'une mesure prise par l'administration dans le cercle de ses pouvoirs, et reconnue pour telle; il s'agit de l'application d'une loi qui oblige tout le monde et l'administration elle-même; de l'exécution d'une ordonnance ou d'un règlement dont le texte est précis; de l'interprétation d'un contrat intervenu entre l'État et un simple particulier; d'un dommage

occasionné à une propriété privée par des travaux publics et de l'indemnité qui peut être due; ou bien encore on attaque une mesure, une décision de l'administration, non pas seulement comme préjudiciable ou vexatoire, mais comme illégale, arbitraire, injuste, contraire aux dispositions de la loi, des règlements ou des contrats. Ici ce n'est plus seulement un *intérêt* en souffrance qui se plaint, c'est un *droit* qui se dit violé et qui prétend se faire reconnaître; il n'y a plus seulement humble requête de gouverné à gouvernant; il y a conflit entre deux droits opposés, le droit de l'État et celui d'un citoyen; il y a litige entre deux prétentions qui se fondent également sur des textes; il y a procès. Ce n'est plus ici affaire d'*administration pure*, qui puisse se terminer par décision de la juridiction gracieuse : c'est une contestation sur le terrain légal, c'est une question de droit, de justice stricte, qui ne peut se trancher que par un jugement, par un acte de la *juridiction contentieuse*.

Éclaircissons cela par un exemple bien simple. Un contribuable réclame contre la taxe qui lui a été imposée. Il peut se présenter deux cas : — ou bien, sans contester la légalité de la taxation, il sollicite seulement, pour des raisons particulières et accidentelles, *remise* ou *modération* de la taxe; — ou bien, au contraire, il conteste la légalité de la répartition en ce qui le concerne; il se prétend indûment taxé; il demande la *réduction* ou la *décharge* pleine et entière.

Dans le premier cas, c'est un pétitionnaire qui implore une faveur; la réclamation s'adresse à la juridiction gracieuse; c'est le préfet qui en connaît et qui y fait droit; rien de plus naturel. Dans le second, c'est un citoyen qui invoque la loi, qui prétend qu'on l'a violée à son détriment, qui allègue, à tort ou à raison, son droit; il y a débat sur un point litigieux; cela regarde la juridiction contentieuse; ce n'est plus le préfet, c'est le conseil de préfecture qui statue.

Personne, je le répète, n'a jamais imaginé de contester à l'administration, au gouvernement, tout ce qui est de la juridiction gracieuse. A elle appartient le règlement discrétionnaire des intérêts. Mais le règlement des droits qui se prétendent lésés, mais le contentieux administratif, le jugement des procès nés à l'occasion des actes administratifs, à qui appartient-il? Est-ce à l'administration qu'il doit appartenir?

Voilà la seule question. Pour la bien comprendre et la bien résoudre, il importe de ne jamais perdre de vue la distinction fondamentale que je viens de rappeler[1]. C'est de l'oubli de cette distinction, c'est de la confusion des deux juridictions, que provien-

1. Cette distinction fondamentale a été établie avec une grande netteté de vues et une grande force de logique, il y a déjà bien longtemps, dans un article resté célèbre de M. le duc de Broglie, publié dans la *Revue française* de novembre 1828. « Toute réclamation, disait l'éminent publiciste, élevée « contre un acte quelconque du gouvernement statuant de « puissance à sujet; toute réclamation dont le but est d'ob- « tenir soit la révocation, soit la réformation d'un tel acte;

nent la plupart des sophismes ou des erreurs dont on a embarrassé cette matière.

Quand on demande quelle est la règle qui détermine l'étendue de la juridiction administrative, on vous répond que la seule règle admise par la jurisprudence est celle-ci : « *Toute réclamation soulevée à l'occasion d'un acte administratif est de la compétence exclusive de l'administration.* » C'est bien vague, bien élastique ; cela laisse une terrible marge à l'arbitraire. Mais enfin quels sont les motifs par lesquels on prétend justifier cette compétence?

— De graves considérations d'ordre public, dit-on, ne permettent pas de déférer à la justice ordinaire les difficultés qui s'élèvent entre l'administration et les simples citoyens. On compromettrait l'intérêt général en exagérant ainsi outre mesure les garanties de l'intérêt privé : là où l'intérêt de tous est engagé, l'intérêt d'un seul doit fléchir.

« toute question en un mot qui porte sur le mérite, sur l'op-
« portunité d'une mesure prise par le gouvernement discré-
« tionnairement et dans la limite de ses pouvoirs, doit être
« portée devant le gouvernement lui-même.— Toute plainte,
« en revanche, qui se fonde sur les termes exprès d'une loi,
« d'un décret, d'une ordonnance, d'un arrêté, n'importe ;
« toute question dont la solution se trouve d'avance écrite
« dans un texte, tellement que, les faits étant vérifiés, il ne
« reste plus qu'à voir ce que porte le texte invoqué, jusqu'à
« quel point il s'applique ou ne s'applique pas, est du res-
« sort des tribunaux. » C'est, en d'autres termes, la distinction entre les réclamations fondées sur un *intérêt* qui demande grâce, et les réclamations fondées sur *un droit* qui invoque la loi.

« Dans les affaires de droit civil ordinaire, les « parties en présence, procédant au même titre, ont « droit aux mêmes avantages, et la balance ne doit « jamais pencher pour l'un au détriment de l'autre. « Dans les affaires administratives, l'intérêt pu- « blic réclame *certaines facilités*, *certains tem-* « *péraments* qui, sans altérer le droit, sont de na- « ture à en modifier l'application[1]. »

L'ordre public, l'intérêt public, l'utilité générale, c'est toujours avec ces grands mots-là qu'en France on sacrifie l'intérêt privé, on viole le droit individuel.

Certes, c'est une belle chose, et fort respectable, que l'intérêt public. Mais il y a quelque chose de plus beau, de plus respectable encore, c'est le droit, c'est la justice.

Je ne prétends pas que l'intérêt particulier ne doive, en principe, céder à l'intérêt général. Mais là n'est pas la question.

Quand l'ordre public, quand l'intérêt général exigent qu'une mesure soit prise par l'administration, et que l'administration y pourvoit, elle agit dans la sphère de son pouvoir discrétionnaire : elle fait un règlement, elle prend un arrêté, elle déclare l'utilité publique, elle autorise ou elle défend. Tout cela c'est du gouvernement, c'est du ressort du pouvoir exécutif. Et si une réclamation s'élève, c'est un cas de ce qu'on appelle la juridiction gracieuse.

1. Vivien, *Études administratives*, t. I, p. 140.

Mais ce n'est pas de cela qu'il s'agit, qu'on veuille bien ne pas l'oublier. Nous parlons du contentieux et de rien autre. Nous supposons qu'il y a une loi, un règlement à appliquer, ou une indemnité à fixer, ou un contrat à interpréter. C'est une question de légalité, d'équité. Il y a lutte entre deux droits, le droit d'un citoyen et le droit de l'État ; il y a procès.

Que parle-t-on donc d'ordre public, d'intérêt public ? L'intérêt, l'ordre public, il est hors de cause. On y a pourvu par les décrets, les règlements, les arrêtés ou les contrats. Ces textes sont devenus la loi des deux parties qui se trouvent en présence, de l'État comme du simple citoyen.

Ici l'État, ou l'administration qui le représente, n'est qu'un plaideur comme un autre, quoi qu'on en dise. Il procède *au même titre*, qui est la loi, le règlement ou le contrat. Il n'a pas *droit à plus d'avantages*, car c'est une question de droit strict et non d'utilité générale qui se débat. Et si la balance devait pencher plutôt d'un côté que de l'autre, il semble que ce devrait être du côté de l'intérêt individuel, toujours plus faible et plus digne de ménagements.

Pourquoi donc, si ce n'est là qu'un procès entre deux plaideurs égaux devant la loi, ne pas le déférer à des juges indépendants par position et impartiaux par devoir? Pourquoi donner à l'administration elle-même, ou à des fonctionnaires qui dépendent d'elle, le jugement d'un litige où elle est partie?

Sous le vague des mots et l'ambiguïté des formules, on sent la vraie raison. « L'intérêt public réclame certaines facilités, certains tempéraments, qui, sans altérer le droit, sont de nature à en modifier l'application. » En bon français, cela veut dire que, si dans les matières civiles ordinaires on rend justice à chacun selon son droit, en matière administrative, on a besoin de faire un peu d'arbitraire.

Encore une fois, il ne s'agit plus d'administration, mais de procès. En prenant ses arrêtés, en faisant ses règlements de police, le pouvoir exécutif a usé de son droit; il en a usé, mais il l'a épuisé. Maintenant, si un différend s'élève, s'il y a divergence de prétentions, contestation, conflit, — cela est du ressort d'un autre pouvoir. Il n'y a place ici ni pour les *facilités* ni pour les *tempéraments*. Les droits et les devoirs ont été fixés, déterminés. J'invoque mon droit, je me réclame de la loi. Ai-je tort ou ai-je raison? Il n'y a pas d'autre question que celle-là.

M. Vivien, que je citais tout à l'heure, reconnaît lui-même que c'est bien ainsi, en effet, que la question se pose. « Le contentieux administratif, dit-il, « se compose de toutes les réclamations fondées sur « *la violation des obligations imposées à l'administration par les lois et règlements qui la « régissent, ou par les contrats qu'elle a souscrits.* »

On ne peut mieux dire. Un simple particulier se

plaint que l'administration ait *violé* à son préjudice la loi générale qui oblige tout le monde, ou les règlements qu'a faits l'administration elle-même et qui apparemment l'obligent la première, ou enfin le contrat qu'elle a passé avec lui et qui apparemment aussi doit la lier : c'est bien là le contentieux administratif; et c'est bien en effet sur ces réclamations élevées contre elle que l'administration attaquée, incriminée, prétend avoir elle-même, elle seule, le droit de prononcer. Si ce n'est pas là la prétention à l'arbitraire même, les mots n'ont plus de sens. L'administration n'est-elle pas ici à la fois juge et partie? Et peut-on dire que ce n'est pas là la négation même de la justice?

— On insiste et on répond : « Qu'il n'est pas vrai de dire que l'administration soit à la fois juge et partie, car elle ne plaide pas en son nom; elle n'est que le représentant de la société. »

« L'État figure dans les litiges administratifs, « non comme propriétaire de ses domaines ou « comme exerçant des actions civiles, mais comme « le conservateur de cet ordre social et public qui « a nécessité la distinction des compétences, la tu- « telle administrative des communes et des éta- « blissements publics, la levée des contributions, « l'ouverture des routes et des autres moyens de « communication et de transport. *L'administra-* « *tion ne cesse pas d'administrer, même lorsqu'elle* « *statue sur des matières contentieuses.* La juri-

« diction qu'elle exerce est le *complément* de l'ac-
« tion administrative[1]. »

La phrase que j'ai soulignée est la formule la plus nette du système. Aussi peut-on dire qu'elle est devenue une sorte d'apophtegme pour nos docteurs en droit administratif. Ce n'est pourtant qu'un pur sophisme, qui consiste à confondre la juridiction gracieuse ou discrétionnaire avec la juridiction contentieuse.

Non, sans doute, l'administration ne cesse pas d'administrer quand elle statue sur des réclamations provoquées par des actes de son pouvoir discrétionnaire, quand un particulier se plaint devant le conseil de préfecture ou le conseil d'État du dommage que lui cause une mesure administrative, un règlement de police, un décret relatif à un service public. Oui, sans doute, quand ces conseils statuent après examen sur ces réclamations, c'est encore l'administration qui administre, c'est-à-dire qui maintient ou modifie une décision prise dans les limites de son pouvoir et dont elle seule est juge, puisque dans ces limites elle est souveraine, et qu'en sa qualité de puissance exécutive elle en est seule responsable.

Mais, il faut le dire encore et le répéter à satiété, puisqu'on l'oublie sans cesse ou qu'on affecte de l'oublier : nous ne raisonnons pas sur ce cas-là.

1. Le président Portalis, *Rapport fait à la Chambre des Pairs*, le 25 janvier 1834, sur le projet de loi concernant le conseil d'État.

Il s'agit de tout autre chose. Il s'agit du cas précisé ci-dessus, où il y a litige entre deux droits, le droit individuel et le droit de l'Élat, où il y a contestation, lutte judiciaire sur l'application d'une loi ou d'un règlement, sur l'interprétation ou l'exécution d'un marché, sur le montant d'une indemnité, sur la répartition d'un impôt.

Est-ce que ce n'est pas là, en réalité, un procès ordinaire? A voir le fond des choses, et non la qualité des parties qui ne fait rien à l'affaire, est-ce qu'il ne s'agit pas tout simplement de décider qui a raison et qui a tort, qui a pour soi la loi et l'équité? Or, décider cela, est-ce gouverner ou est-ce juger? Est-ce fonction de magistrat ou d'administrateur? Et qu'importe que l'administration représente l'État, l'intérêt social? Cela change-t-il la nature des choses? En est-ce moins un procès? L'administration représente aussi l'État dans les contestations en matière d'enregistrement, de postes, de douanes, de contributions indirectes, de baux domaniaux; et ces contestations sont déférées aux tribunaux civils. Il n'est donc pas vrai que, dans notre législation, les questions qui touchent au pouvoir social ne soient jamais soumises aux juges. Et de ce que l'intérêt social est en cause, il n'est pas permis de conclure que la contestation doive être enlevée au juge ordinaire, car l'État est comme tout le monde soumis aux lois et tenu d'exécuter ses engagements.

En droit, en logique, la raison donnée par

M. Portalis ne soutient pas l'examen; mais il pourrait bien avoir donné la raison véritable quand il dit un peu plus loin : « La juridiction est le *complément* de l'action administrative. »

Le complément! je le crois bien, et un notable complément, un complément qui la fait souveraine, qui l'affranchit de tout frein et de tout contrôle; qui, lorsqu'elle est déjà maîtresse d'ordonner et de réglementer à sa guise, lui confère par surcroît le droit d'interpréter ses ordonnances et ses règlements comme elle l'entend, de les appliquer selon son bon plaisir, d'exécuter ses contrats selon qu'il lui convient, de *violer* même, s'il lui plaît, la loi et les règlements qui la régissent, sans avoir à en rendre compte qu'à elle-même.

Oui, certes, cela *complète* l'action administrative. On ne dit pas assez : Cela fait de l'administration une véritable autocratie; car, dans le cercle du contentieux, cela l'investit de tous les attributs de la tyrannie. Je ne dis pas qu'elle s'en serve; je dis que, le jour où elle voudra s'en servir, elle les a dans la main.

M. Portalis ne dit que trop vrai. Ce juge administratif devant lequel on me traîne, ce n'est pas de la justice, c'est de l'administration qu'il fait. Devant le conseil de préfecture, devant le conseil d'État, vous l'avez dit et c'est ce dont je me plains, je ne serai pas jugé, je serai *administré*.

Voilà la vérité; elle vous échappe. Et si on veut

lire les auteurs de droit administratif, on verra qu'ils la disent plus franchement, plus brutalement que le premier président de la cour de cassation, qui était gêné sans doute par ses vieilles habitudes de magistrat. Voici, par exemple, comment s'exprime à ce sujet un professeur : « De même que l'administration a la force pour triompher de la résistance matérielle, elle a la juridiction pour *vaincre la résistance légale*. La juridiction est la conséquence, le complément de l'action administrative[1]. »

C'est le commentaire énergique et naïf du mot de M. Portalis; mais avouer qu'on veut pouvoir briser toute résistance *légale* aussi bien que matérielle, n'est-ce pas avouer qu'on prétend se mettre au-dessus de la loi, au-dessus du droit et de la justice?

— « Les tribunaux ordinaires seraient de mauvais juges pour toutes les affaires où l'administration est engagée. Ils sont composés d'hommes généralement étrangers aux traditions, aux nécessités de l'administration, renfermés d'ordinaire dans une sphère étroite. L'esprit d'inflexible rigueur, qu'ils apportent avec raison dans l'application des lois civiles, est justement l'opposé de celui qui doit présider à la gestion des intérêts généraux. On peut dire que l'esprit judiciaire est difficilement compatible avec

1. Cabantous, *Cours de droit public et administratif*, n° 369.

l'esprit de gouvernement. — Enfin les formes lentes et compliquées de la procédure ordinaire entraveraient l'action administrative. Elles nuiraient à la prompte exécution des affaires, et l'intérêt même des justiciables, au point de vue des frais et de la célérité, souffrirait si ces affaires étaient enlevées à la justice administrative pour être déférées aux tribunaux civils. »

Il y a toujours au fond de toutes ces objections, quelque chose de cet éternel sophisme que j'ai déjà signalé. Qu'importe que l'esprit judiciaire soit peu *compatible* avec l'esprit du gouvernement? Il ne s'agit pas de gouverner, il s'agit de juger. Il ne s'agit point de mesures administratives à prendre, il s'agit de procès à trancher, de textes de loi à appliquer, de contrats à interpréter. Et pour cette fonction essentiellement judiciaire, que veut-on de mieux que l'esprit judiciaire?

Le magistrat est étranger, dites-vous, aux traditions de l'administration! — Eh, sans doute! Et c'est justement pour cela qu'il est, au contentieux, le meilleur juge, car il est seul impartial et seul indépendant. Ce qui le rendrait mauvais pour administrer est précisément ce qui le rend excellent pour juger. Étranger à l'esprit de corps qui fausse le jugement, aux traditions qui l'engagent, à l'amour-propre qui le gêne, il n'obéit qu'à la loi, n'a souci que du droit et de l'équité. Et c'est pour cela qu'il est la seule défense, le seul refuge du droit individuel violé.

Si je n'ai pour garantie, pour protection contre les actes du gouvernement qu'un corps imbu de *l'esprit du gouvernement*, il est clair que ma garantie est précaire, illusoire.

On parle des *nécessités* de l'administration. De deux choses l'une : ou bien ces nécessités sont d'accord avec la loi et la justice, et l'administration n'a rien à craindre de la *rigueur* des juges; ou bien elles sont en opposition avec elles, et il n'y a pas de nécessités d'administration qui doivent prévaloir contre la justice et la loi.

Comment comprendre que des magistrats qu'on trouve bons pour statuer sur les questions de propriété et d'exécution de bail qui intéressent l'État, ne soient pas trouvés bons pour prononcer sur l'exécution des ventes et des traités passés par l'État?

Comment croire, quand on leur a confié le plus grand des intérêts sociaux, je veux dire l'application des lois qui protégent la liberté, la vie, l'honneur des citoyens; comment les croire indignes ou incapables de tenir la balance égale entre l'intérêt général et l'intérêt privé, sur des questions de droit où l'administration se trouve en lutte avec les mêmes citoyens?

Qu'est-ce donc à dire? Sinon qu'on veut bien que les tribunaux répriment les violations de la loi commises par de simples particuliers; et qu'on ne veut plus d'eux pour réprimer les violations commises par l'administration? Cette inflexible rigueur qu'on

trouve louable vis-à-vis des citoyens, on n'est pas d'humeur à la supporter pour son compte. On veut se réserver le bénéfice de ces *facilités*, de ces *tempéraments* dont parle M. Vivien. On oublie que, s'ils sont de mise en matière d'administration, ils sont la négation même de la loi et du droit en matière de contentieux. On oublie que l'arbitraire qui adoucit aujourd'hui la loi, peut l'aggraver demain; et que c'est pour cela justement que le pouvoir exécutif doit être séparé sévèrement du pouvoir judiciaire.

Quant aux lenteurs et aux frais excessifs de la procédure ordinaire, c'est là une bien pauvre raison, et les réponses abondent.

D'abord, et en fait, cet avantage d'économie et de célérité qu'on vante dans la justice administrative, on ne le trouve qu'au premier degré de juridiction, c'est-à-dire devant les conseils de préfecture. Il s'en faut qu'on le rencontre de même au second degré, c'est-à-dire devant le conseil d'État, qui est pourtant, par sa haute situation et ses lumières, la seule juridiction administrative qui offre quelques garanties aux justiciables. Tout le monde sait si un procès devant le conseil d'État est chose difficile, interminable et ruineuse.

En second lieu, si la procédure des tribunaux civils (ce que personne ne conteste) est trop lente et trop coûteuse, qu'on la simplifie, qu'on la rende plus économique. Il y a assez longtemps qu'on le demande, dans l'intérêt des plaideurs. Ce sera deux

réformes pour une, et tout le monde s'en trouvera bien.

Mais il y a quelque chose de plus simple à faire, si cette seconde et difficile réforme doit encore être ajournée. Comme la célérité importe généralement, cela est certain, en matière administrative, qui empêche de déclarer que, pour toutes les contestations soulevées à l'occasion d'actes administratifs, ou pour celles qui seront spécialement désignées, on suivra devant les tribunaux civils la procédure sommaire, rapide, et peu coûteuse qui est suivie, même en matière civile, pour un certain nombre d'affaires qu'énumèrent nos codes, ou celle qui est en vigueur devant les tribunaux de commerce pour les affaires spéciales qui leur sont déférées. Il n'y a rien là, on le voit, de bien embarrassant.

Au surplus, les questions de formes ont leur importance; et il est à la fois d'un petit esprit et d'un dangereux esprit de les dédaigner. Elles sont protectrices par nature; et c'est surtout dans les affaires où l'État est intéressé que tout ce qui a le caractère protecteur doit être soigneusement menagé. La célérité est fort souhaitable, mais à la condition seulement qu'elle ne nuira point à la justice [1]. Aussi est-ce

1. « Il n'y a rien de plus misérable que le dédain superbe de la plupart de nos contemporains pour les questions de formes; car les plus petites questions de formes ont acquis de nos jours une importance qu'elles n'avaient point eue jusque-là. Plusieurs des plus grands intérêts de l'humanité s'y rattachent... Les hommes qui vivent dans les siècles démocratiques ne comprennent pas aisément l'utilité des

bien plus au point de vue de la réduction des frais qu'au point de vue de la rapidité des procédures, qu'une réforme me paraît désirable en cette matière; sauf quelques cas exceptionnels que la loi pourrait aisément déterminer.

Tout cela en somme est secondaire. Le point important, capital, c'est d'avoir des juges désintéressés, indépendants par position, impartiaux par habitude et par tradition. On les aurait dans les tribunaux ordinaires. On ne les a pas dans les tribunaux administratifs.

Voici comment un écrivain, qui fait autorité en ces matières, M. de Cormenin, caractérise le juge ordinaire et le juge administratif :

« Il y a dans le pouvoir judiciaire, même électif, « même temporaire, une sorte d'indépendance qui « fera toujours obstacle à l'action du despotisme. « Cela tient à la gravité des mœurs du juge, à ses « liaisons de famille, d'intérêt et d'opinion, avec la « masse des citoyens dont il sort; à la publicité des

formes... qui les retardent ou les arrêtent chaque jour dans quelques-uns de leurs desseins. Cet inconvénient qu'ils y trouvent est pourtant ce qui les rend si utiles à la liberté; leur principal mérite étant de servir de barrières entre le fort et le faible, le gouvernant et le gouverné, de retarder l'un et de donner à l'autre le temps de se reconnaître. Les formes sont plus nécessaires à mesure que le souverain est plus actif et plus puissant, et que les particuliers deviennent plus indolents et plus débiles. Ainsi les peuples démocratiques ont naturellement plus besoin de formes que les autres peuples. » Tocqueville, *De la Démocratie en Amérique*, t. II, quatrième partie, chap. VII.

« audiences, à l'obligation de motiver les jugements,
« à la régularité et à la lenteur même des procédu-
« res; à la liberté hardie des plaidoiries orales et à
« l'application habituelle et stricte des lois civiles
« qui, n'étant point faites pour tel ou tel ordre poli-
« tique et de circonstance, n'ont puisé leurs règles
« que dans les inspirations de la conscience, dans
« les notions universelles du juste et de l'injuste, et
« dans les besoins généraux de la nature humaine.

« Au contraire, les corps administratifs, lorsqu'ils
« jugent à huis clos, qu'ils sont amovibles, qu'ils
« n'ont point de procédure fixe, et que placés près
« du pouvoir exécutif ils sont choisis par lui et mar-
« chent sous son impulsion, sont en général plus
« préoccupés de la nécessité d'agir que de celle de
« conserver, et plus accoutumés à rapporter leurs
« opérations au mouvement et aux desseins du gou-
« vernement politique, qu'à distinguer, dans l'ap-
« plication judiciaire, ce qui est juste de ce qui ne
« l'est pas [1]. »

Ce sont là des vérités de tous les temps et de tous les pays. Notre administration française est assurément une des plus honnêtes qui soient au monde; notre conseil d'État est composé d'hommes très-éclairés, et éminents à divers titres; il a fait preuve souvent de fermeté, d'indépendance et de sagesse; nos conseils de préfecture sont, je n'en doute pas, animés d'un esprit d'équité et de modération.

1. Cormenin, *Questions de droit administratif*, préface, p. VII.

Mais la nature des choses est plus forte que les hommes, et M. de Cormenin a raison : hommes du gouvernement, choisis par lui, marchant sous son impulsion, habitués à aider, à seconder son mouvement, bien plus qu'à se préoccuper des questions de stricte justice, les membres des tribunaux administratifs, loin de servir de frein au pouvoir, ne peuvent être pour lui que des instruments dociles. Ils sont profondément imbus de l'esprit administratif. Or, si l'esprit judiciaire est rigoureux et formaliste, l'esprit administratif est de sa nature arbitraire, impatient des formes, dédaigneux des intérêts individuels : il s'irrite des obstacles et des résistances; il ne voit que le but, et prend souvent peu de souci des moyens; il s'exagère son rôle, il est enclin au despotisme, et abrite aisément sous la théorie de l'intérêt public les atteintes qu'il lui arrive de porter au droit.

Si encore ces prétendus tribunaux avaient, comme la Cour des comptes, le salutaire privilége de l'inamovibilité! Mais non : nommés par le gouvernement, ils sont revocables au bon plaisir du gouvernement[1].

Ajoutez que le conseil de préfecture, chargé de

1. On regarde si bien les conseillers de préfecture comme des *agents du gouvernement*, que la plupart des jurisconsultes les rangent parmi les fonctionnaires qui ne peuvent être poursuivis, aux termes de l'art. 75 de la Constitution de l'an VIII, sans autorisation du Conseil d'État. (Voy. Dufour, *Droit administratif*, VI, § 432.)

juger quelquefois les actes du préfet, est présidé par le préfet. Ajoutez, chose qui n'a lieu dans aucune cour de justice, que la voix du président, en cas de partage, est prépondérante.

Je le demande : si honnête qu'on suppose les hommes, quelles garanties d'indépendance, de fermeté, de stricte et impartiale équité, peuvent offrir de tels tribunaux aux simples particuliers qui sont en lutte contre les actes arbitraires ou les prétentions illégales de l'État? Est-ce là une véritable justice? n'en est-ce pas plutôt, comme on l'a dit, un semblant dérisoire et une vaine image[1]?

J'ai discuté les raisons des légistes. Il y a aussi les raisons des politiques qui ne sont guère meilleures. Un mot suffira.

— « Vous craignez, disent-ils, que les droits des particuliers ne périssent devant cette magistrature illusoire, ce semblant de tribunaux? Mais vous plairait-il de voir l'État entravé dans son action, ses impôts interceptés, ses conscrits retenus, la route qu'il veut faire arrêtée et le bien public paralysé? Si les tribunaux pouvaient toucher aux services publics, ils attireraient peu à peu le gouvernement à

1. « Le gouvernement échappe chaque jour davantage à l'obligation de faire sanctionner par un autre pouvoir ses volontés et ses droits. *Ne pouvant se passer de juges, il veut du moins choisir lui-même ses juges* et les tenir toujours dans sa main. C'est-à-dire qu'entre lui et les particuliers, il place encore *l'image de la justice plutôt que la justice elle-même.* » Tocqueville, *De la Démocratie en Amérique*, t. II, quatrième partie, chap. VI.

eux. Le pouvoir serait en tutelle; la souveraineté serait déplacée; car celui-là est le maître de tout qui applique la loi, et peut la défaire en l'appliquant. Entre particuliers, un mauvais jugement n'est qu'une lésion légère : il en est autrement là où l'État et l'intérêt public sont intéressés[1]. »

J'ai déjà indirectement répondu à ces considérations. On invoque hors de propos, mal à propos, le principe de la séparation des pouvoirs; et cela parce qu'on confond toujours le domaine discrétionnaire avec le contentieux, ce qui est purement affaire de gouvernement et ce qui est affaire litigieuse ou procès.

Nous ne sommes plus au temps où les parlements refusaient d'enregistrer un édit, rendaient des arrêts de règlement, interdisaient aux intendants l'exécution d'une mesure d'administration. On y a mis bon ordre. Je ne m'en plains pas; c'était le renversement de tous les principes. Aujourd'hui les corps judiciaires ne font, grâce à Dieu, et ne prétendent faire rien de pareil. Le gouvernement lève les impôts, appelle les contingents, rend les règlements de police et prend toutes les mesures administratives, sans que les juges aient rien à y voir, dans sa pleine indépendance.

Mais si une difficulté s'élève, si une réclamation

1. J'emprunte presque textuellement ces motifs au livre très-remarquable de M. Dupont-White, intitulé *La Liberté politique*, chap. III et IV.

se produit sur l'application de la loi à un cas particulier ; — si un contribuable se plaint d'être illégalement, indûment taxé ; — si une indemnité est due, s'il y a doute sur l'interprétation d'un contrat ; — en quoi l'État sera-t-il en péril, et son autorité menacée, parce que les tribunaux ordinaires auraient à trancher cette question de droit, à appliquer la loi aux faits ?

Que signifient ces grands mots de « gouvernement mis en tutelle ? » de « souveraineté déplacée ? » Est-ce entraver le gouvernement que de lui refuser une puissance arbitraire ? Est-ce empiéter sur la souveraineté que de lui donner pour limite la loi ? Et si celui-là est le *maître de tout*, qui applique la loi, lequel vaut le mieux, de donner ce pouvoir redoutable à des corps judiciaires, impartiaux et désintéressés par situation, — ou de le donner à celui qui a déjà dans ses mains la puissance exécutive tout entière, c'est-à-dire le formidable ensemble de toutes les forces civiles, militaires et administratives de l'État ?

Le juge, enfermé dans son prétoire, étranger à l'action politique et à ses entraînements comme à l'intérêt privé et à ses petitesses, uniquement préoccupé de la loi et de la justice, n'intervient et ne peut intervenir que sur des cas particuliers, dans la mesure d'un différend particulier, et quand il y est provoqué par une réclamation particulière. Il ne peut donc entraver les services publics par des entreprises illicites. Le danger qu'on allègue est chimérique. Le

juge n'empêchera point un impôt légalement voté de se percevoir; mais il doit pouvoir empêcher qu'on ne taxe illégalement celui qui ne doit point être taxé. Il n'empêchera point une route de se faire; mais il doit pouvoir empêcher qu'on trouble un citoyen indéfiniment et abusivement dans sa propriété, et qu'on lui refuse une équitable indemnité [1].

Quant à prétendre que toute résistance, même légale, au gouvernement est chose fâcheuse; tandis qu'un mauvais jugement entre particuliers est sans importance, — je pense précisément tout le contraire. A mon avis, le premier de tous les intérêts sociaux, c'est la justice; le premier devoir du gouvernement, c'est le respect de la loi. Il n'y a point de plus grand mal, dans une société civilisée, que l'injustice et le mépris du droit. Sous le beau nom d'intérêt général, ce qu'on défend ici, c'est la théorie même de l'absolutisme; absolutisme monarchique ou absolutisme populaire, ils sont aussi funestes et aussi dégradants l'un que l'autre. Tocqueville a parlé en

1. « Posons donc pour maxime que, lorsqu'il s'agit de bien public, le bien public n'est jamais que l'on prive un particulier de son bien, ou même qu'on lui en retranche la moindre partie par une loi ou un règlement politique. Dans ce cas, il faut suivre à la rigueur la loi civile, qui est le palladium de la propriété... Si le magistrat politique veut faire quelque édifice public, quelque nouveau chemin, il faut qu'il indemnise : *le public est, à cet égard, comme un particulier qui traite avec un particulier*. C'est bien assez qu'il puisse contraindre un citoyen de vendre son héritage. » Montesquieu, *Esprit des Lois*, liv. XXVI, chap. xv.

vrai publiciste et en vrai politique, quand il a dit : « L'intervention de la justice dans l'administration ne « nuit qu'aux affaires, tandis que l'intervention de « l'administration dans la justice déprave les hommes « et tend à les rendre tout à la fois révolutionnaires « et serviles[1]. »

1. *L'Ancien Régime et la Révolution*, chap. IV.

CHAPITRE IV

De l'idée de l'État.— Que l'idée de l'État administrateur et tuteur universel, qui a prévalu en France avant, pendant et depuis la Révolution, a pour conséquence l'autocratie administrative et par suite la juridiction administrative.

Il ne faut pas se payer de mots; il faut aller au fond des choses. Les raisons qu'on allègue d'habitude pour justifier la juridiction administrative et que je viens de discuter, ne sont pas les vraies raisons, les raisons sérieuses et profondes. Ce sont des sophismes plus ou moins habiles, des arguties de légiste sous lesquels on s'efforce de voiler la réalité des choses.

Le système administratif français est quelque chose d'unique dans son genre : il n'a pas d'analogue au monde. « La juridiction administrative, « dit M. de Cormenin, a en France une étendue, « une variété et une quantité d'attributions telles « qu'on ne les retrouve pas dans les temps antérieurs à la Révolution, telles qu'on ne rencontre « rien de semblable dans les autres pays de l'Europe; telles enfin qu'elles se mêlent à presque « tous nos intérêts, qu'elles affectent presque toutes

« nos propriétés, et qu'elles touchent à presque « toutes nos personnes[1]. »

Un tel système n'est pas le produit d'une conception théorique. Il n'est pas éclos, un beau jour, du cerveau d'un homme. Il a ses racines dans le passé, on l'a vu; il a son explication dans notre histoire; son origine remonte loin, ses progrès ont été lents et continus.

Pourquoi ce système administratif s'est-il produit en France et non ailleurs? Comment se fait-il que, né sous l'ancien régime, il lui ait survécu? D'où vient que la Révolution qui a balayé tant de choses, tant d'idées, tant d'institutions, ait respecté celle-là? non-seulement qu'elle l'ait respectée, mais qu'elle l'ait recueillie avec soin, réogarnisée avec sollicitude, fortifiée, perfectionnée?

En un mot, quelle est l'idée première, l'idée mère qui est au fond de ce système, l'idée qui l'a fait naître et grandir si démesurément malgré les résistances et les révolutions, qui l'a soutenu contre toutes les attaques, qui l'a maintenu debout sur les ruines de dix gouvernements, et qui aujourd'hui encore le fait accepter si aisément, si patiemment, d'un peuple si impatient de certaines choses?

Il vaut la peine de se le demander. C'est la réponse à cette question qui seule peut jeter sur ce sujet quelques lumières nouvelles.

1. *Questions de droit administratif*, préface.

Il y a deux manières de comprendre le rôle du gouvernement dans les sociétés humaines.

Pour les uns, l'état est une puissance supérieure, un être moral en qui se personnifie la société, et qui concentre et résume en soi tous les droits et tous les devoirs sociaux. C'est un pouvoir suprême, entouré de toutes les lumières, armé de toutes les forces, qui est chargé de conserver, de conduire, de faire prospérer le peuple dont les destinées lui sont confiées. Il n'a pas seulement pour mission de défendre l'ordre, il doit travailler à réaliser le progrès. Il n'a pas seulement pour devoir d'empêcher le mal, mais aussi de faire le bien. Non-seulement il a charge des intérêts généraux, mais aussi des intérêts particuliers : il doit pourvoir non pas seulement à la paix, à l'ordre, à la sécurité, mais au bonheur de tous. Il doit veiller à tout, régler tout, subvenir à tous les besoins, remédier à tous les maux. C'est le directeur et le régulateur suprême; le tuteur et l'instituteur universel : il doit distribuer aux citoyens l'éducation, la science, la religion même; il doit diriger l'esprit public, encourager les arts, développer l'industrie, stimuler le commerce, accroître la richesse. En un mot, l'État est une sorte de providence visible d'où part toute initiative, d'où découle toute sagesse.

D'autres se font du gouvernement une idée toute différente. Pour eux, le gouvernement est tout simplement une fonction spéciale, une sorte de magistrature publique, investie d'un pouvoir limité et

chargée d'une mission déterminée. Cette mission consiste à veiller aux intérêts généraux de la communauté, c'est-à-dire à la défense nationale, à la paix publique, à l'administration de la justice, aux finances, aux travaux d'utilité générale. En dehors de cette fonction qui est principalement de protection, ils ne reconnaissent au gouvernement aucun devoir ni aucun droit. Assurer aux citoyens la sécurité et l'ordre, c'est tout ce qu'ils lui demandent. Non-seulement ils ne lui demandent rien de plus, mais ils ne lui reconnaissent pas le droit de faire rien de plus. Car pour faire plus, il sortirait de son domaine qui est celui des intérêts communs, et entrerait dans celui des intérêts particuliers où il deviendrait aisément tyrannique. A l'individu seul le droit et le devoir de pourvoir à ses besoins, de veiller à ses intérêts, d'assurer son bonheur. L'État ne lui doit que les conditions générales d'ordre et de police, nécessaires à la vie sociale. Pour tout le reste, chaque citoyen est chargé de sa propre destinée. Il en est responsable, puisqu'il est intelligent et libre. Les institutions politiques ne sont qu'un moyen d'assurer sa liberté, le libre exercice de ses facultés, le libre développement de ses forces, la légitime satisfaction de ses besoins. Or, du moment que l'État intervient dans ce domaine et qu'au lieu de protéger seulement, il prétend diriger, il gêne, il embarrasse, il retarde; il fausse ou il comprime; il est systématique et tyrannique.

Voilà les deux systèmes opposés dans leur formule absolue.

Dans le premier de ces systèmes, la société est tout, l'individu n'est rien ou presque rien. Le mouvement, la pensée et la vie sont en haut; en bas et dans la masse de la nation, l'inertie, la passivité. L'individu n'a plus de droits, il n'a que des devoirs. L'intérêt privé, le droit individuel s'effacent et disparaissent devant l'intérêt général, le droit social.

Dans le second système, au contraire, c'est l'individu qui est l'élément essentiel, l'élément vital et actif de la société. L'État est fait pour lui, et non pas lui pour l'État. Préserver la liberté individuelle, garantir le droit des citoyens, c'est le principal objet et le premier devoir de l'État. Sans doute l'intérêt général a ses exigences; mais comme l'intérêt général, à ce point de vue, n'est que la somme des intérêts particuliers, c'est toujours le respect de l'intérêt particulier qui est la règle; c'est sa subordination qui est l'exception.

On sent tout de suite combien de ces conceptions différentes de l'État doivent sortir, dans l'organisation de l'État, des conséquences opposées en ce qui touche ses rapports avec les citoyens, c'est-à-dire dans le régime administratif.

Chez les peuples où dominera l'idée du droit individuel, l'individualisme comme on dit aujourd'hui, l'État pourra être toujours puissamment armé pour le dehors; mais au dedans, l'administration, le pou-

voir administratif sera réduit à son *minimum*. Ces peuples-là, jaloux avant tout de la liberté du citoyen, se préoccuperont en toutes circonstances de la protéger contre les abus possibles de cette colossale puissance qui s'appelle le gouvernement. Ce n'est pas l'État qu'ils auront souci d'armer contre les résistances légales du citoyen ; c'est le citoyen qu'ils armeront surtout contre les entreprises arbitraires du pouvoir. Ils auront plus peur de l'oppression de la liberté individuelle que de la mauvaise gestion des affaires publiques. L'ordre public assuré, les grands services généraux pourvus, ils tiendront le gouvernement quitte du reste ; ils ne lui demanderont en fait d'administration de détail que le strict nécessaire ; ils compteront plus pour réaliser le progrès sur l'initiative individuelle que sur celle de l'État ; ils auront plus de confiance en eux-mêmes qu'en lui pour faire leurs affaires personnelles et assurer leur bonheur.

Chez les peuples où le premier système sera admis, il est clair que les choses devront se passer tout autrement. Pour que l'État ait l'œil à tout, il lui faut une armée de fonctionnaires. Il faut que cette armée soit dans sa main, fortement organisée et soumise à une discipline sévère. Il faut que toutes les parties du mécanisme administratif soient reliées au pouvoir dirigeant par une centralisation puissante; que l'État, ayant des fonctions et des devoirs infinis, ait aussi des attributions et des droits presque illimités; que sa liberté d'action soit affranchie de tout

frein et de tout contrôle; qu'il ait à sa disposition le moyen de surmonter tous les obstacles, de vaincre toutes les résistances, de faire fléchir tous les intérêts récalcitrants. Étant responsable de tout, au moins moralement, il faut que rien ne le gêne, que rien ne l'entrave, et que les agents de ses volontés n'aient à rendre compte de leurs actes qu'à lui.

Je n'ai pas besoin de dire que le principe individualiste, le système qui réduit l'administration à son *minimum* possible, est celui qui domine chez les Anglais et chez les Américains du Nord; — et que le système contraire, le système de l'État administrateur universel, est celui qui prédomine en France dans les idées et dans les faits.

Il y a des théoriciens qui expliquent cela par les différences de races. Toutes les questions d'organisation sociale ou politique, aussi bien que celles de religion, d'art et de littérature, trouvent pour eux leur solution dans les diversités de race, de tempérament, de climat et d'alimentation.

Commode théorie, sans doute, pour excuser toutes les défaillances et légitimer tous les despotismes. — Je ne conteste pas que, dans une certaine mesure, il faille tenir compte des influences de races, des énergies particulières, des aptitudes spéciales de certains peuples. Mais il n'y a là qu'une question de degrés, de plus ou de moins, et je ne puis admettre que, parmi les nations européennes, toutes branches d'un même tronc, les unes soient prédestinées à la

libre possession d'elles-mêmes et à l'activité féconde; que les autres, éternellement mineures, soient condamnées à une incapacité ignominieuse et sans fin. L'histoire dément ces insolentes théories : tous les peuples de la race germanique ne sont pas arrivés du même pas à la liberté; tous les peuples de race latine ne se sont pas montrés toujours incapables d'indépendance, d'énergie, d'activité municipale ou politique. C'est professer un grand mépris pour l'homme, que de nier ce qui fait sa vraie grandeur, l'élément moral, et de le réduire à une sorte de vie végétative sous l'action fatale de lois purement physiologiques [1].

Il n'est que trop vrai qu'aujourd'hui, en France, l'idée qui prédomine, c'est l'idée de l'État administrateur universel. Mais il n'en a pas toujours été ainsi, et il faut le dire, si cette idée est trop généralement admise parmi nous, c'est qu'on nous l'a inculquée systématiquement depuis deux ou trois siècles; c'est que la monarchie en a fait le fond de notre éducation politique; c'est qu'elle l'a fait entrer si avant dans notre esprit, dans nos habitudes, dans nos mœurs qu'elle semble maintenant faire partie de notre nature. Ce n'est pas à

1. « De tous les moyens vulgaires d'échapper à l'étude des influences morales et sociales qui agissent sur l'esprit humain, le plus vulgaire est celui qui attribue les diversités de conduite et de caractère aux différences naturelles inhérentes à la race. » John Stuart Mill, *Principes d'économie politique.*

l'anthropologie, c'est à notre histoire qu'il faut demander la raison de ce qui est.

Deux mondes différents, deux races diverses se sont fondus sur notre sol pour former notre société française : le monde romain et le monde barbare, la race latine et la race germanique. L'histoire de nos institutions politiques, municipales, administratives, judiciaires, de notre législation civile, pénale, constitutionnelle, n'est que l'histoire de la lutte de ces deux éléments, de ces deux esprits, — l'esprit germanique et l'esprit romain.

Sous le régime féodal, c'est l'esprit germanique qui prédomine, esprit d'indépendance et d'individualisme porté au dernier degré. Comme il est sans contre-poids et que la force seule règne dans la société, il en résulte un état presque permanent de guerre ou d'anarchie. On peut dire que l'idée de la chose publique, de l'État, est une idée étrangère à tout le moyen âge : il n'y a que des individus et des droits individuels, tout au plus des corporations avec leurs intérêts particuliers.

Mais bientôt, au milieu de ce désordre, s'élève un pouvoir modérateur et régulateur : c'est la royauté, qui peu à peu grandit et va devenir prépondérante. Pour combattre l'indépendance féodale, née de l'esprit germanique, elle invoque tour à tour deux principes, — tantôt le principe du droit romain, du droit impérial, d'après lequel la souveraineté est censée déléguée au roi par le peuple à perpétuité; — tantôt le principe chrétien, le prin-

cipe du droit canonique, d'après lequel la souveraineté vient de Dieu et le roi est ici-bas le représentant de Dieu.

Dès le douzième siècle, la royauté est déjà devenue la seigneurie suprême; grâce à elle, un peu de paix, un peu d'ordre s'introduisent dans cette violente anarchie féodale.

Faible encore pendant plusieurs siècles, ayant à lutter contre de nombreux et redoutables adversaires, à conquérir pied à pied sa souveraineté effective sur des grands vassaux toujours prêts à secouer le joug, elle laissera se développer à côté d'elle et sous sa protection, elle favorisera même pour s'en faire des auxiliaires certaines institutions où survit l'esprit germanique : c'est le temps de l'affranchissement des communes et des chartes octroyées.

Mais bientôt la royauté, mise hors de page, de pouvoir régulateur et protecteur qu'elle était tend à devenir pouvoir dominant et absolu.

Dès le quatorzième siècle, grâce à l'influence renaissante du droit romain, les légistes qui composent la cour du roi ou le parlement travaillent à faire revivre la théorie du pouvoir impérial[1]. Ce

1. « Dès le quatorzième siècle, on trouve la royauté engagée sans retour dans la voie des traditions de la Rome impériale, secondant l'esprit de civilisation, et contraire à l'esprit de liberté, novatrice avec lenteur et avec la jalousie de pourvoir à tout par elle-même. » Augustin Thierry, *Histoire du Tiers État*, chap. II, p. 45.

travail des légistes, utile en un certain sens, a été funeste dans un autre. Il a été utile en ce qu'il a contribué à raviver dans les esprits l'idée du droit, la notion de la justice, personnifiée dans l'autorité royale, et aussi en ce qu'il y a introduit une idée nouvelle, celle de la chose publique, celle de l'État, incarnée dans le roi et dominant de toute sa hauteur tous les intérêts et les égoïsmes particuliers. Il a été funeste en ce que, par l'exagération de cette dernière idée, il a favorisé la marche de la royauté vers l'absolutisme, il a ressuscité la fiscalité romaine, l'administration romaine du temps de l'empire, la procédure criminelle romaine[1].

C'est cet esprit des légistes, nourri des traditions du Bas-Empire, qui a donné son empreinte à notre régime administratif français. C'est lui qui en a été l'âme, qui lui a tracé ses cadres, qui lui a suggéré

1. « Le droit romain a joué un rôle très-important dans l'histoire de presque toutes les nations modernes. Il leur a fait beaucoup de bien, et à mon avis encore plus de mal. Il a perfectionné leur droit civil, *et perverti leur droit politique*. Car le droit romain a deux faces : d'un côté il regarde les rapports des particuliers entre eux, et par là il est un des plus admirables produits de la civilisation ; de l'autre, il regarde les rapports de sujet à souverain, et alors il respire l'esprit du temps dans lequel il a achevé de se former, c'est-à-dire un esprit de servitude. C'est à l'aide du droit romain et de ses interprètes qu'aux quatorzième et quinzième siècles, les rois sont parvenus à fonder le pouvoir absolu sur les ruines des institutions libres du moyen âge. Les Anglais seuls ont refusé de le recevoir ; et seuls aussi ils ont conservé leur indépendance. » Tocqueville, *Corresp. inéd.*, Œuvres compl., I, 468.

ses principes, qui lui a fourni ses armes. C'est grâce à lui que ce régime est devenu le trait marquant de la monarchie française et qu'il a revêtu, dès l'origine, les deux caractères qui le distinguent encore aujourd'hui, subordination universelle et uniformité absolue.

L'idée dominante, le principe générateur de leur système était celui-ci : le roi, investi de la souveraineté par délégation du peuple et par volonté divine, résume en lui tous les droits et tous les pouvoirs. De lui, et de lui seul, émane toute puissance, toute autorité, toute justice; et de même qu'il a l'autorité absolue devant laquelle tout doit fléchir, il a aussi la sagesse suprême et indéfectible qui doit tout prévoir et pourvoir à tout.

Il n'y a plus, au commencement du dix-septième siècle, que les parlements qui, de temps à autre, élèvent des protestations hardies contre les envahissements du pouvoir royal et l'empêchent de dégénérer en un pur gouvernement de bon plaisir.

Mais les résistances des parlements eux-mêmes sont vaincues, et sous Louis XIV, le système de la monarchie administrative arrive à son achèvement. Il est constitué de toutes pièces et fonctionne régulièrement sur toute l'étendue du royaume. Il reste bien encore quelques juridictions spéciales, derniers vestiges du passé. La vénalité des offices a, par le fait, sauvé l'indépendance de la magistrature; mais les parlements ont cessé de jouer un rôle politique et de contrôler les nouveaux édits, les États

généraux ne sont plus qu'un souvenir historique; toutes les vieilles institutions ayant une vie indépendante, droits des provinces, priviléges des villes, libertés communales, tout cela a succombé. La France a été partagée entre trente intendants, trente souverains. Tout part du centre et y revient. L'unité politique s'est complétée de l'unité administrative. La France est comme absorbée dans l'État, et l'État est personnifié dans le roi.

L'État et la nation, c'est le roi[1]. Les biens et la personne de ses sujets lui appartiennent. C'est presque l'absolutisme oriental; c'est le césarisme doublé du droit divin[2].

La machine administrative, montée et perfectionnée par Colbert, s'applique à tous les intérêts matériels et intellectuels du pays. Elle embrasse tout, gouverne tout; elle donne l'impulsion aux manufactures, à l'industrie, à l'agriculture, au commerce, à la marine. Il y a là, il faut le dire pour être juste, l'effort d'un puissant génie, un ardent amour du

1. « La France est un État monarchique dans toute l'étendue de l'expression. Le roi représente la nation entière, et « chaque particulier ne représente qu'un seul individu envers le roi. Par conséquent, toute puissance, toute autorité « résident dans les mains du roi, et il ne peut y en avoir « d'autres dans le royaume que celles qu'il établit... La nation ne fait pas corps en France : *elle réside tout entière « dans la personne du roi...* » (Manuscrit d'un cours de droit public pour l'instruction du dauphin, cité par Lemontey, *Essai sur la monarchie de Louis XIV.*)

2. Voir Bossuet, *Politique tirée de l'Écriture sainte.*

bien public, un zèle passionné pour le progrès et la prospérité du peuple. Mais il y a aussi un étrange abus de la réglementation, et le dernier excès de cette manie gouvernementale, déjà ancienne, de tout faire, de tout régir. Le principe de Colbert était que « tout doit découler de l'autorité » ; et ce principe il l'appliquait dans toute sa rigueur, depuis les plus hautes questions de l'administration générale jusqu'aux plus infimes détails de la fabrication des étoffes ou du commerce colonial.

C'est lui qui crée, auprès de chaque ministère, ces bureaux où s'entassent les documents, où se conservent les traditions, et qui sont devenus, en France, un pouvoir supérieur à celui même des ministres, presque égal à celui du souverain; car s'il ne peut pas tout faire, il peut tout empêcher à peu près.

Cette organisation administrative du pouvoir, admirable au point de vue de l'action gouvernementale et de l'unité politique, eut ce funeste résultat d'absorber et de concentrer, dans les mains du pouvoir, toutes les forces de la nation, d'y détruire l'initiative, d'y étouffer la liberté qui seule est vraiment féconde.

Sous ce regime envahissant et absorbant, le pays s'habitua peu à peu à ne plus agir, à ne plus vouloir, à ne plus vivre par lui-même. Il s'habitua à tout attendre, à tout espérer et à tout craindre du pouvoir suprême. Il ne compta plus sur lui-même, même pour ses propres affaires; il se laissa conduire, administrer, réglementer, depuis les plus im-

portants objets jusqu'aux plus minutieux détails.

Le roi ne fut pas seulement le chef de l'État; il fut le maître, le père et le tuteur de son peuple. Éternellement incapables, condamnés à une minorité perpétuelle, ses sujets reçoivent avec reconnaissance les décrets de sa puissance souveraine. La vieille métaphore du troupeau et du berger est l'expression vraie de cet état politique : un despotisme éclairé, tel est pour les publicistes d'alors l'idéal des gouvernements. Le droit divin y ajoute même son prestige; image de la divinité, la royauté en prétend avoir les attributs : l'absolue autorité, la souveraine sagesse, l'infaillible justice, l'ubiquité, l'universalité.

Il faut avouer que, dans le long effort qui la porta à cette hauteur, la royauté avait eu pour aide et pour complice le sentiment populaire. Dans son travail séculaire de nivellemont, d'unification et de concentration, l'esprit du tiers état était avec elle. En haine de la féodalité, il l'avait aidée à détruire tout ce qui était indépendance ou privilége politique. Mais dans cette destruction des priviléges avaient péri du même coup toutes les libertés locales et disparu toutes les barrières qui contenaient encore le pouvoir royal.

Ce n'est pas seulement le régime politique, c'est la société française tout entière, dans son esprit, dans ses mœurs, dans ses habitudes, qui fut profondément modifiée et comme façonnée par le gouvernement de Louis XIV. Elle en reçut, selon l'ex-

pression d'un grand historien, « l'empreinte d'un moule puissant [1]. »

De cette époque date chez nous ce culte du pouvoir, cette adoration niaise de l'autorité, même arbitraire, ce respect idolâtrique pour tout ce qui revêt le costume administratif (toutes choses très-conciliables avec des accès d'intermittence révolutionnaire). De là ces habitudes, ce besoin, j'ai presque dit cette manie d'ordre, de régularité, d'uniformité, de réglementation, qui sont devenus un des traits de notre caractère national. Qu'on vante les bienfaits de l'unité, je n'y contredirai pas; mais l'unité n'est pas la même chose que l'uniformité : autant la première est bonne, autant la seconde est funeste. L'unité est la vie; l'uniformité est la mort, son idéal est la Chine.

De là enfin date chez nous cette conception de l'État administrateur universel, de l'État-Providence, qui est entrée si avant dans les esprits. Nous y étions un peu enclins peut-être; mais il faut reconnaître qu'on nous l'a inculquée d'une main violente et pesante; que c'est le travail assidu, persévérant, de la royauté et des légistes qui a peu à peu étouffé en France les éléments d'individualisme, de libertés personnelles et locales, de *self-government*, en un mot, qui existaient dans notre société du moyen âge, et mis à la place ce qu'on peut appeler les mœurs administratives, c'est-à-dire l'indolence,

1. Aug. Thierry, *Histoire du Tiers État*, chap. x.

l'inertie, l'impuissance à s'aider soi-même; la paresse, qui attend tout du pouvoir; la docilité humble, qui subit toutes ses exigences et ses caprices; l'esprit de sollicitation, qui mendie ses faveurs. Ces mœurs étaient celles qui convenaient à la monarchie absolue; mais la monarchie absolue devait disparaître, les mœurs qu'elle avait créées devaient persister. Vauvenargues a dit un mot profond : « La servitude abaisse les hommes jusqu'à s'en faire aimer. »

Cette conception de l'État tuteur et administrateur universel, formulée théoriquement et réalisée dans les faits par le gouvernement de Louis XIV, les gouvernements qui suivirent ne firent, pendant tout le dix-huitième siècle, et malgré leur décadence croissante, que la fortifier et l'étendre.

Montesquieu, il est vrai, « retrouvant, » selon la juste expression de Voltaire, « les titres perdus du genre humain, » pose les véritables principes du gouvernement, et en tête de tous le principe tutélaire de la séparation des pouvoirs. Les philosophes, avec moins de mesure et de sagesse, réclament au nom du droit naturel toutes les libertés qui sont l'apanage de l'homme. Mais en dehors de quelques rares esprits, à la fois élevés et sensés, comme Quesnay et Turgot, personne ne semble guère comprendre le vrai caractère et les vraies conditions de la liberté.

Celui de tous qui les comprend le moins, c'est celui qui en parle avec le plus de fougue et de re-

tentissement; c'est Rousseau. Nul homme n'a répandu sur cette matière plus d'idées fausses, et des idées plus funestes. Épris de l'antiquité qu'il voit à travers son imagination, il prend la liberté politique, c'est-à-dire la souveraineté populaire pour la vraie liberté. Il emploie, dans son roman politique du *Contrat social*, toutes les ressources de son esprit sophistique et de son éloquence paradoxale, à écrire sous le nom de la liberté une théorie de l'absolutisme. Dans son système, tous les pouvoirs sont réunis, toute la puissance sociale est concentrée dans les mains du souverain, qui en dispose sans condition, sans contrôle : seulement le souverain, au lieu de s'appeler le roi, s'appelle le peuple, ou pour mieux dire la majorité. Des droits de l'individu, des libertés du citoyen, il n'en est plus question. Il n'y a qu'un droit, c'est le droit de l'État; il n'y a qu'une liberté, c'est la liberté du souverain[1].

La Révolution eut ce malheur de subir bien plus

1. « Ces clauses (du contrat social) se réduiraient toutes à une seule, savoir *l'aliénation totale* de chaque associé *avec tous ses droits* à toute la communauté. — L'aliénation se faisant *sans réserve*, l'union est aussi parfaite qu'elle peut l'être, et nul associé *n'a plus rien à réclamer*; *car s'il restait quelques droits aux particuliers*, comme il n'y aurait aucun supérieur commun,... l'association deviendrait nécessairement tyrannique ou vaine.

« Le pacte social se réduit aux termes suivants : chacun de nous met en commun sa personne et toute sa puissance *sous la suprême direction de la volonté générale*... A l'instant, *au lieu de la personne particulière* de chaque contractant, cet

l'influence de Rousseau que celle de Montesquieu. Elle commence par l'*Esprit des Lois;* mais elle glisse bien vite dans le *Contrat social.*

L'Assemblée constituante proclame solennellement les droits de l'homme et du citoyen, les libertés primordiales de l'individu, les vraies et essentielles libertés. C'était le fondement de tout, en effet, l'objet principal, le but suprême de la Constitution. En cela, elle était dans la bonne voie : elle suivait l'exemple que venaient de nous donner les États-Unis.

Malheureusement, après avoir proclamé ces droits, elle oublie de les garantir : ce qui était cependant plus important que de les proclamer [1]. Non-seulement elle ne les garantit pas, mais déjà, entraînée par les habitudes françaises, dominée par l'idée de la souveraineté nationale qui réside en elle, elle se laisse aller à suivre les errements de la

acte d'association produit un corps moral et collectif... » *Contrat social*, chap. VI, liv. I.

« La seconde condition est... que chaque citoyen soit dans une parfaite indépendance de tous les autres, *et dans une excessive dépendance de la cité; car il n'y a que la force de l'État qui fasse la liberté de ses membres.* » *Id.*, liv, II, chap. XII.

1. Un des plus sages esprits de l'Assemblée, trop peu écouté, avait pourtant admirablement développé cette vérité devant elle : « L'expérience nous prouve qu'un droit reconnu n'est rien, s'il n'est mis sous la garde d'une protection efficace. — Une seconde leçon de l'expérience et de la raison, c'est que la plus grande extension de la liberté politique est infiniment moins précieuse et moins utile aux hommes, que la sûreté et la libre disposition de leurs personnes et de leurs

monarchie. Elle se persuade qu'il suffit à la liberté que le peuple l'ait librement élue. Elle a les pouvoirs du peuple qui est souverain, donc elle est souveraine. Elle représente la nation qui se gouverne elle-même; donc elle est maîtresse de la nation.

Que ç'ait été là déjà l'esprit de l'Assemblée constituante, les faits ne l'attestent que trop. Il suffirait de rappeler, pour en donner la preuve, un de ses actes les plus tristement célèbres, cette constitution civile du clergé, qui était bien de la tyrannie au premier chef, et qui fut le signal de nos guerres civiles. En voici un exemple plus curieux encore. Les ouvriers de Paris, inquiets de l'isolement où les laissait l'abrogation des corporations d'arts et métiers, réclamèrent le droit de se réunir dans un but d'assistance mutuelle, en cas de chômage ou de maladie. Voici la réponse que leur fit l'Assemblée nationale, le 14 juin 1791 : « *Il ne doit pas être* « *permis aux citoyens de s'assembler* pour leurs « *prétendus* intérêts communs. *C'est à la nation*, « c'est aux officiers publics en son nom *à fournir*

propriétés. C'est là le bien solide, le bonheur de tous les instants, et le but principal de toute association.— Il résulte de ces deux vérités qu'un gouvernement ne peut être considéré comme parfaitement libre, sage et stable, qu'autant qu'il est combiné, non sur la plus grande liberté politique, mais sur la plus grande sûreté et liberté des personnes. » Malouet, *Opinion sur l'acte constitutionnel*, 8 août 1791. *Mémoires*, II, p. 84.

« *des travaux* à ceux qui en ont besoin et des se-
« cours aux infirmes. »

C'était, comme le remarque M. Le Play à qui j'emprunte ce fait [1], « revenir avec une exagération qui dépassait toutes les limites connues, aux plus mauvaises pratiques de l'ancien régime. » C'était, avec une naïveté étrange, et au mépris de tous les droits qu'on venait de proclamer inviolables, prendre à sa charge le bien-être de tous les citoyens, et afficher la prétention de le réaliser sans eux, mieux qu'eux et malgré eux.

L'organisation administrative est changée, mais on entend que l'administration soit, comme sous la monarchie, universelle et irresponsable. Les administrateurs sont devenus électifs, mais ils sont toujours souverains; car ils sont les seuls juges des réclamations que soulèvent leurs actes. D'une assemblée qui a proclamé les droits du citoyen sacrés, c'est là le renversement le plus inouï de tous les principes, la violation la plus monstrueuse du droit du citoyen. J'ai montré assez clairement, je crois, comment, sous prétexte de séparation des pouvoirs, l'Assemblée constituante n'avait eu pour but que de paralyser les corps judiciaires et d'assurer au pouvoir administratif l'omnipotence et l'inviolabilité.

Le règne de la Convention ne fut que l'application violente, atroce, frénétique des mêmes idées, des

1. *La Réforme sociale*, chap. VII, § 63, t. III, p. 310.

mêmes principes poussés aux plus extrêmes conséquences. La souveraineté nationale déléguée à l'Assemblée a été déléguée par elle au Comité de salut public, qui l'a déléguée en fait à chacun de ses membres. Tous les pouvoirs sont rassemblés dans la main de ces triumvirs. Jamais ne s'est vue centralisation plus terrible, administration plus universelle et plus absolue, despotisme plus écrasant et plus furieux. C'est l'idéal de Rousseau avec la guillotine pour sanction[1].

Quand la tempête fut passée et que, en l'an VIII, un gouvernement régulier succéda à ces convulsions révolutionnaires, le premier soin du nouveau pouvoir fut de reprendre la tradition de l'ancien régime, de réorganiser les institutions administratives. Le consultat, comme l'a dit madame de Staël, ne fut en réalité qu'une *Restauration*. Il ne fit, pour employer l'expression vulgaire, que se coucher dans le lit de la monarchie, le trouvant fait à sa guise.

L'étiquette était changée : on invoquait la souveraineté populaire au lieu du droit divin; on disait administration nationale au lieu d'administration royale. Mais ce fut tout. Sous d'autres noms, on vit fonctionner le même organisme gouvernemental, la même machine savante et puissante, remise à

1. « Quiconque refusera d'obéir à la volonté générale y sera contraint par tout le corps; ce qui ne signifie autre chose, sinon qu'*on le forcera d'être libre.* » *Contrat social*, liv. I, chap. VII.

neuf, resserrée et fortifiée en plusieurs de ses parties.

Comment cette *restauration* put s'accomplir facilement, doucement, sans secousse, sans protestation, — c'est une question à laquelle l'histoire répond d'une façon très-claire. A ce moment, la France était découragée et lasse : découragée de la liberté dont elle n'avait embrassé que le fantôme; lasse du désordre, de l'anarchie, du despotisme féroce et sanguinaire sous lequel elle se débattait depuis plusieurs années. Elle était affamée d'ordre, de repos; et à qui lui promettait ces biens, elle était d'humeur à n'en pas marchander le prix (cela s'est vu plus d'une fois dans notre histoire). Le coup d'état de Brumaire n'excita dans le pays qu'un sentiment de soulagement, de reconnaissance : on respira, on espéra. On ne vit que le bienfait, les factions vaincues, la société raffermie, la prospérité renaissante : on ferma les yeux sur la liberté confisquée et le pouvoir absolu remis aux mains d'un seul.

L'empire devait bientôt tirer toutes les conséquences des principes qu'avait posés le consultat. La société française retombait, non pas seulement sous le despotisme d'un homme (c'était peu), mais, ce qui est bien pis, sous le despotisme administratif, rajeuni, reconstitué. Les habitudes anciennes, les idées anciennes allaient refleurir et fructifier. La main de fer du premier consul donnait de nouveau à la France l'empreinte de « ce moule puissant » où

l'avait coulée la main de Louis XIV. Tout dans le pays allait subir l'action réorganisatrice, l'action *providentielle*, comme on disait, de ce génie aussi étonnant par sa fécondité que redoutable par ses instincts despotiques. On attendait tout de lui, et on s'abandonnait à lui.

Ainsi la Révolution, pour avoir confondu la souveraineté du peuple avec la liberté, aboutissait à un étrange avortement. Le monde voyait renaître le gouvernement de la Rome impériale : en vertu d'une prétendue délégation résultant du suffrage populaire, tous les pouvoirs de la nation étaient remis aux mains de l'Empereur; la souveraineté nationale s'incarnait en lui; et tout aussi bien que Louis XIV, quoiqu'à un autre titre, il pouvait dire : L'État, c'est moi.

L'Empire est tombé, et avec lui l'absolutisme monarchique. Mais il nous a laissé comme héritage l'absolutisme administratif.

Depuis quatre-vingts ans, la forme du gouvernement a changé dix fois en France; tout a changé, les lois, les idées, les mœurs, les relations sociales, l'industrie, la littérature, la science. Une seule chose est restée immuable, la puissance administrative. Toutes les vieilles prérogatives ont disparu, excepté les siennes. Tous les pouvoirs de l'État ont été plus ou moins modifiés et amoindris, limités et restreints; celui-là seul, inviolable, sacro-saint, non-seulement n'a jamais subi une atteinte, souffert une restriction, mais il s'est constamment accru et fortifié.

Il s'est accru et fortifié, même quand le pouvoir absolu a été jeté bas, même sous des gouvernements constitutionnels et des régimes libéraux, par l'influence de cette vieille idée si profondément entrée dans les esprits, que l'État doit tout réglementer et tout administrer; par cette habitude invétérée chez nous de tout attendre de lui, de solliciter en toutes choses son intervention, sa surveillance ou sa protection; par l'excès d'une centralisation qu'encourageaient nos préjugés, notre inertie, notre peu de souci du droit individuel, notre facilité imprudente à le sacrifier à ce qu'on appelle l'interêt général, qui n'est souvent que l'intérêt du pouvoir.

Ces idées, ces habitudes sont aujourd'hui plus répandues, plus vivantes que jamais. On dirait qu'elles ont passé dans notre sang; qu'elles sont pour nous à l'état de dogme. Nous ne concevons pas le gouvernement sous une autre forme que celle de l'administration universelle; et il nous faut faire un effort d'esprit pour comprendre qu'il y a des peuples, et des peuples civilisés, chez qui le gouvernement n'est point armé de cette puissante organisation administrative : tant l'habitude et l'éducation ont faussé chez nous les notions premières du droit public!

Et ne croyez pas que ces idées se trouvent seulement chez le vulgaire, ou chez les fonctionnaires de l'État, chez ceux à qui l'enseignement routinier de nos écoles de droit a doucement inculqué ces maximes : on les trouve à l'état de théorie jusque chez

des esprits très-éclairés et très-indépendants. Chose étrange : il y a dans le parti démocratique une école qui les adopte, qui les professe, et en fait un des principaux articles de son *Credo*. Un écrivain de talent que j'ai déjà cité, M. Dupont-White, les a exposées de nos jours avec beaucoup de netteté.

M. Dupont-White a un grand mérite : il a le courage de ses idées et la franchise de ses théories. Partisan de la juridiction administrative, de l'omnipotence administrative, il n'invoque pas, à l'appui de sa thèse, les petites raisons, les petits sophismes, les arguties d'école. Il va droit au but, il pose hardiment son principe; il déclare que l'État doit être souverain, que l'intérêt individuel doit être en tout subordonné à l'intérêt général, que l'administration est l'instrument nécessaire du bien public, l'instrument unique du progrès, que, par conséquent, rien ne doit limiter ou entraver son action.

Il a bien vu que notre excessive centralisation, que la prépondérance du pouvoir exécutif en France, est un fait qui a sa racine et son explication dans l'histoire. Mais, pour lui, il y a là autre chose qu'un fait contingent; il y voit le résultat en quelque sorte nécessaire de lois fatales, une conséquence de notre tournure d'esprit, de notre tempérament national, d'une disposition naturelle et instinctive de notre race.

J'accorderai, si on veut, que nous n'avons pas le besoin d'activité, la force d'initiative de la race anglo-saxonne ; qu'une tendance naturelle de notre

esprit est l'amour de l'ordre, de la régularité, de l'uniformité : ce sont là, je l'avoue, des traits du caractère national. Mais je ne saurais aller plus loin; je ne saurais reconnaître là une loi fatale, inexorable, un vice incorrigible; et dans nos préjugés administratifs, dans notre organisation centralisée à l'excès, je vois surtout le produit d'un système de gouvernement qui a faussé les esprits et écrasé le droit individuel; système absolutiste créé d'abord par la monarchie, accepté et exploité plus tard par la Révolution.

Ce fait que la Révolution a recueilli l'héritage administratif de la monarchie, M. Dupont-White ne le conteste pas; mais il l'absout.

« L'Assemblée constituante, dit-il, *créait le gou-* « *vernement de la nation, et l'exerçait*..... On voit « là un cas où certaines conclusions sont inévita- « bles, et sortent de toutes parts. La France s'ache- « minait de longue date vers celles qui prévalurent « à cette époque, *pour ériger l'État en personnage* « *prépondérant*, et l'intérêt public en loi supérieure. « On ne peut traiter légèrement les solutions ou « plutôt les mœurs qui vinrent de si loin se faire « consacrer en 89[1]. »

Je vois bien que la France était, *de longue date*, *acheminée* vers le régime administratif : reste à savoir si c'était de son propre mouvement; ou si plutôt elle n'était pas entrée dans cette voie et n'y

1. Dupont-White, *La Liberté politique*, chap. III, sect. 4.

était pas allée si avant, sous la puissante impulsion de la monarchie absolue. Je vois bien que ces anciennes traditions ont été *consacrées* par l'Assemblée constituante : mais je me demande si en les recueillant, en les consacrant, l'Assemblée n'a pas obéi à une fausse et dangereuse théorie; — si elle n'eût pas été mieux inspirée en répudiant ce legs du passé, en brisant cet engin de despotisme créé pour le service de la monarchie absolue, et qui par cela même ne pouvait être un instrument de liberté ni convenir à un gouvernement démocratique? Je consens qu'on ne traite pas légèrement les résolutions de cette grande assemblée : mais défaisons-nous de cette admiration aveugle pour tout ce qu'a fait la Révolution. Sachons juger nos pères, tout grands qu'ils aient été. Ou plutôt écoutons la leçon de l'histoire, qui les a jugés. Pour qui ont-ils en effet travaillé en adoptant, en consacrant les traditions administratives de l'ancien régime? Ils ont travaillé pour l'Empire. Ils croyaient assurer le règne de la liberté; ils préparaient le retour du despotisme. Et aujourd'hui, après quatre-vingts ans de luttes, un des plus grands périls de la liberté n'est-il pas dans cette prépondérance écrasante de l'État, dans cette omnipotence menaçante de l'administration qu'ils ont, par une imprudence et une inconséquence étranges, consacrées et affermies de leurs mains?

CHAPITRE V

Suite du même sujet. — De quelques dangers politiques d'une centralisation administrative exagérée. — Coup d'œil sur les législations étrangères.

Quand on signale comme un mal et un danger l'exagération du pouvoir administratif et son omnipotence, c'est mal répondre que d'alléguer la nécessité d'un pouvoir politique fortement concentré. Personne ne conteste cette nécessité; mais ce n'est pas de cela qu'il s'agit.

Il ne s'agit point de savoir si l'unité politique d'un grand pays comme la France n'est pas un bienfait, si la concentration de la puissance politique n'est pas, pour un État, une condition nécessaire d'existence et de force : cela ne fait pas question. Il ne s'agit pas davantage d'affaiblir le pouvoir exécutif, d'énerver son action, de diminuer son autorité ou de gêner ses mouvements dans la sphère des attributions qui lui sont propres : pour ma part, je regarderais cela comme aussi déraisonnable.

Non. Gardons précieusement notre unité, notre centralité politique; c'est l'œuvre des grands rois et des grands ministres qui ont fait la France;

c'est la garantie de notre indépendance nationale et de notre grandeur dans le monde. Gardons un pouvoir fort : la force du pouvoir central est la condition de l'ordre, qui est la condition de la liberté. Si le pouvoir est débile, vous avez l'anarchie, et dans l'anarchie, le droit individuel succombe aussi bien que sous le despotisme. Gardons un gouvernement actif : c'est lui qui pourvoit aux intérêts communs, aux services généraux, et par là devient un puissant instrument de progrès social et de prospérité publique.

Mais ce gouvernement, à qui on confie l'unité de direction, la force qui conserve et même celle qui donne quelquefois l'impulsion, — précisément parce qu'on lui remet entre les mains une si énorme puissance, — il faut qu'il soit sévèrement contenu dans les limites de son droit et le cadre de ses attributions; car, en face du droit de l'État, il y a le droit du citoyen [1].

Sous la monarchie de droit divin, on comprend que l'autorité de l'État fût à peu près sans limites, ou du moins que ces limites fussent indécises et à peine sensibles. La royauté, image de la divinité, semblait chargée par elle de veiller à la conduite

1. « Il est tout à la fois nécessaire et désirable que le pouvoir central, qui dirige un peuple démocratique, soit actif et puissant. Il ne s'agit point de le rendre faible et indolent, mais seulement de l'empêcher d'abuser de son agilité et de sa force. » Tocqueville, *De la Démocratie en Amérique*, quatrième partie, chap. VII.

des peuples, qui n'intervenaient en rien dans leur destinée.

Mais aujourd'hui, les pôles du monde politique sont déplacés. La souveraineté a changé de nature : ce n'est plus du droit divin qu'elle émane, c'est du droit populaire, de la volonté nationale. Nous sommes une démocratie, c'est-à-dire que notre gouvernement (en théorie du moins), choisi ou accepté par le libre vœu des citoyens, fait *par eux*, est essentiellement fait *pour eux ;* — en d'autres termes, le principe fondamental, le principe dominant de notre société, c'est le droit du citoyen.

La souveraineté n'est plus un principe; elle n'est qu'une fonction comme une autre, une haute magistrature. Comme la nation ne peut se gouverner elle-même, directement, elle délègue un pouvoir spécial, sous le nom de gouvernement ou de pouvoir exécutif, pour faire, — non pas toutes ses affaires, — mais les affaires générales et d'intérêt commun auxquelles elle ne peut pourvoir; pour assurer l'indépendance nationale au dehors, la paix au dedans; pour veiller aux finances, à l'armée, aux travaux publics, à l'exécution des arrêts de justice. Tout le reste, elle le retient; car la nation, c'est l'ensemble des individus, des citoyens, et si, dans l'intérêt social et public, chaque citoyen a abandonné une partie de sa liberté, de son droit, il n'a entendu en abandonner que ce qu'il était nécessaire de déléguer au pouvoir gouvernemental.

La société n'est pas un but, elle n'est qu'un

moyen : elle est le moyen providentiel par lequel l'homme travaille à son perfectionnement, à son développement intellectuel et moral.

Si Dieu l'a fait intelligent et libre, c'est apparemment pour qu'il travaille à ce perfectionnement de son être moral, qui est sa destinée même. Les institutions sociales sont faites pour l'aider dans cette tâche, non pour l'en décharger; pour lui faciliter l'accomplissement de ce devoir, non pour le dispenser des devoirs que la nature lui impose, en chargeant du soin de les remplir un pouvoir qui ait mission de vouloir, d'agir et de penser pour lui.

C'est une étrange illusion d'ailleurs de croire que remettre à l'État le soin des destinées individuelles et de la prospérité de tous soit le meilleur moyen de réaliser le progrès dans une société. Vous ne le réaliserez ni au point de vue de l'individu, ni au point de vue de la société; vous manquerez le but de deux façons. Car, d'un côté, en asservissant les hommes à une sorte de despotisme doux et paternel, en les déshabituant de penser et d'agir, en les traitant comme des incapables, vous les rendez tels effectivement : vous en faites de grands enfants, vous les abaissez et les abêtissez. Et, d'un autre côté, comment la société pourra-t-elle être grande et féconde, comment l'État pourra-t-il être puissant et prospère, si les citoyens pris individuellement sont incapables et énervés, sans initiative, sans spontanéité, sans valeur propre? Votre État ne

sera pas une société vivante et agissante, ce sera un couvent ou une caserne[1].

La vérité est, comme toujours, entre les deux extrêmes, dans le concours et l'harmonie des deux idées opposées.

Il faut, cela est vrai, que l'État, non-seulement empêche le mal, mais fasse le bien, cette part du bien que les individus ne peuvent faire. Il n'est pas vrai, comme quelques-uns le prétendent, que son rôle soit tout négatif, qu'il doive se borner à laisser passer et à laisser faire. Non : il y a une action supérieure, dans la sphère des intérêts généraux, qui lui appartient et ne peut appartenir qu'à lui, par exemple, pour les grands travaux publics, les routes, les canaux, les ports, pour le haut enseignement, etc.

1. « Un gouvernement ne peut avoir trop de cette activité qui n'arrête pas, mais qui aide et stimule le développement individuel. Où commence le mal, c'est lorsqu'au lieu d'éveiller l'activité et les forces des individus et des êtres collectifs, le gouvernement *substitue sa propre activité à la leur*, et fait leur besogne à leur place. La valeur de l'État à la longue, c'est la valeur des individus qui le composent ; et un État qui préfère à l'expansion et à l'élévation intellectuelle des individus un semblant d'habileté administrative et le détail des affaires ; un État *qui rapetisse* les hommes afin qu'ils puissent être entre ses mains les instruments dociles de ses projets (même bienfaisants), s'apercevra qu'on ne peut faire de grandes choses avec de petits hommes, et que la perfection du mécanisme à laquelle il a tout sacrifié finira par ne lui servir de rien, faute du pouvoir vital qu'il lui a plu de proscrire pour faciliter le jeu de la machine. » J. Stuart Mill, *la Liberté*, chap. v.

Et ce rôle d'initiative et de direction, on doit reconnaître qu'il est plus grand pour l'État chez certains peuples, à raison de leur caractère ou de leurs habitudes administratives, que chez certains autres peuples qui ont les mœurs du *self-government*.

Mais il faut aussi, il faut surtout que le droit individuel soit respecté, non-seulement respecté, mais garanti. Il ne peut être suspendu, restreint ou supprimé qu'autant que la justice l'ordonne ou le permet. Et, sur ce terrain, la société n'a pas plus de prérogatives que le simple citoyen.

Car il y a toujours à faire ici cette distinction capitale que j'ai indiquée, et qui domine toutes les relations de l'État et du citoyen.

Sur le terrain des intérêts, oui, l'État a un privilége; il doit avoir la prépondérance : l'intérêt privé doit être subordonné à l'intérêt général, ce qui veut dire que les intérêts particuliers devront, dans leur développement, se conformer aux restrictions que commande l'intérêt de tous, et que même parfois l'utilité sociale pourra imposer à un citoyen, sauf équitable indemnité, l'abandon de sa propriété. Personne n'a jamais contesté cela.

Mais, sur le terrain du droit, il en est autrement. Quand l'État, au lieu d'agir comme puissance politique, comme gouvernement, au nom de l'intérêt social, agit tout simplement comme gérant des affaires de la communauté, comme administrateur de ses intérêts et invoque contre de simples parti-

culiers un droit résultant de la loi ou d'un contrat, alors il n'y a plus de privilége; il n'y a qu'une règle, qui est la justice. Ici, il n'est pas vrai que le droit individuel puisse être subordonné au droit de l'État : les deux droits se font équilibre, jusqu'à ce que la loi ait prononcé. Il n'est pas vrai que le droit d'un citoyen puisse jamais être sacrifié à l'utilité publique : personne n'osera dire qu'un innocent puisse être mis à mort pour l'intérêt de la communauté; et en vertu du même principe, il faut ajouter que jamais une injustice ne doit se commettre au préjudice du plus humble citoyen, sous prétexte d'intérêt général.

Si important donc que soit le rôle de l'État, si légitime et si utile que soit son action pour le bien général et le progrès public, — sa limite infranchissable, inviolable, c'est le droit individuel.

Pour tous les esprits élevés, le vrai problème de la politique aujourd'hui n'est plus dans les formes constitutionnelles, dans la combinaison et la pondération plus ou moins ingénieuse des pouvoirs, il est tout entier dans le moyen de garantir la liberté civile sans affaiblir le gouvernement; — d'assurer les justes prérogatives du pouvoir social, mais de protéger en même temps le droit individuel contre les excès et les abus de la centralisation; — de laisser à l'administration toute l'indépendance dont elle a besoin, mais de veiller à ce qu'elle n'empiète pas sur ce qui est du domaine de la liberté privée.

Il y a déjà longtemps que Mirabeau, avec son pénétrant coup d'œil, signalait le vice et le péril de nos gouvernements : « Le difficile, disait-il, est de « ne promulguer que des lois nécessaires, de rester « fidèle à ce principe vraiment constitutionnel, *de* « *se mettre en garde contre la fureur de gouver-* « *ner*, la plus funeste maladie des gouvernements « modernes[1]. » Il aurait pu ajouter : maladie française par excellence.

On a montré assez souvent les inconvénients et les dangers d'une centralisation administrative exagérée. On a fait remarquer qu'un gouvernement, si fort et si habile qu'il soit, ne peut pas tout faire; que s'il fait trop, il fera mal; que rien ne remplace, ne supplée l'intérêt privé; que l'excès de réglementation étouffe l'initiative et paralyse à la longue toutes les énergies sociales. On a ajouté que l'État, en prétendant tout faire, assume imprudemment une responsabilité écrasante et sous laquelle il succombe tôt ou tard; que c'est là un des aliments les plus actifs de l'esprit révolutionnaire, et la cause permanente de nos convulsions politiques : de sorte que ce système de centralisation à outrance a pour résultat, d'une part, d'énerver les hommes en les abaissant; de l'autre d'affaiblir le pouvoir et de le compromettre en le surchargeant.

Je n'ai point à m'appesantir sur ces considérations, qui ne sont pas directement de mon sujet. Je

1. Discours sur l'Éducation publique.

veux seulement insister sur un point qui y touche de plus près.

L'excès de la centralisation administrative cause assurément un grand mal lorsqu'il ôte peu à peu aux citoyens l'habitude, puis le goût, et enfin la force même de s'occuper de leurs affaires. Les formes extérieures de la liberté politique ont beau être conservées, la nation est en tutelle; il ne lui reste pour toute consolation, que le droit de choisir ses maîtres par la voix du suffrage universel. Assoupie dans une molle indolence, uniquement préoccupée de ses intérêts matériels et des jouissances du luxe, elle arriverait bien vite à cet état d'éternelle enfance, de civilisation raffinée et de pourriture morale où la Chine est tombée depuis des siècles.

Mais ce qu'il y a de pire dans ce régime, ce qui n'énerve pas seulement les volontés, mais fausse les consciences et abaisse les âmes, — c'est l'oubli du droit, c'est le mépris de la justice, et sous le voile de l'intérêt public, l'habitude de l'arbitraire.

Que l'administration se mêle de trop de détails, qu'elle se perde dans une réglementation minutieuse et puérile; cela n'est que gênant, irritant, nuisible quelquefois aux intérêts qu'on veut protéger. Mais si l'administration, non contente de toucher à tout, veut être souveraine; si elle prétend se dérober au droit commun, à la justice commune, et rester maîtresse d'interpréter à sa guise et d'appliquer à sa convenance la loi dans les contestations qui l'intéressent : — alors, il faut le dire, c'est l'idée

même du droit, la sainteté de la justice, l'égalité de tous devant la loi qui sont atteintes. Toutes les notions sont confondues, les principes ébranlés. On s'habitue à admettre que, dans un intérêt général, la justice peut être violée ; on s'habitue à croire que le droit individuel, que le droit d'un simple citoyen est peu de chose en présence de l'avantage de la communauté, et qu'on peut le sacrifier impunément. Idée fausse et funeste, je l'ai montré tout à l'heure ; pernicieux et redoutable sophisme, qui est l'arme favorite de tous les despotismes. Quels que soient leur nom, leur couleur, leur drapeau, tous les despotismes invoquent, pour frapper les citoyens dans leur liberté, leurs personnes ou leurs biens, l'intérêt général, le salut public. C'est toujours sous ce beau prétexte qu'on viole les lois, qu'on outrage la justice ; c'est pour faire le bonheur des peuples qu'on confisque leurs libertés. Quand l'attentat est consommé, quand la dictature a mis la main sur tous les pouvoirs, c'est-à-dire quand tout le monde est dépouillé, on se réveille alors et on crie... Il est un peu tard. Il fallait veiller plus tôt. Il fallait crier au premier empiétement, à la première injustice; il fallait protester quand le plus humble droit du plus obscur citoyen a reçu la plus légère atteinte ; il fallait faire obstacle, dès le premier jour, à ces juridictions arbitraires, à ces usurpations du pouvoir exécutif sur le domaine de la justice, qui sont un outrage au droit, et une menace perpétuelle à la liberté de tous.

« C'est surtout, dit Tocqueville, dans les temps « démocratiques où nous sommes, que les vrais « amis de la liberté et de la grandeur humaine doi- « vent sans cesse se tenir debout et prêts à empê- « cher que le pouvoir social ne sacrifie légèrement « les droits particuliers de quelques individus à « l'exécution générale de ses desseins. Il n'y a point « dans ces temps-là de citoyen si obscur qu'il ne « soit très-dangereux de laisser opprimer, ni de « droits individuels si peu importants qu'on puisse « impunément livrer à l'arbitraire. La raison en « est simple : quand on viole le droit particulier « d'un individu, dans un temps où l'esprit humain « est pénétré de l'importance et de la sainteté des « droits de cette espèce, on ne fait de mal qu'à ce- « lui qu'on dépouille ; mais violer un droit sem- « blable de nos jours, c'est corrompre profondé- « ment les mœurs nationales et mettre en péril la « société tout entière, parce que l'idée même de ces « sortes de droits tend sans cesse parmi nous à « s'altérer et à se perdre[1]. »

1. Tocqueville, *De la Démocratie en Amérique*, quatrième partie, chap. VII. — Il y a trente ans que l'illustre auteur de la *Démocratie en Amérique* écrivait cette page. Depuis lors, l'étude de notre histoire et de nos institutions n'avait fait que fortifier en lui cette pensée, que la prépondérance du pouvoir administratif, en France, était un des principaux vices de notre constitution sociale et le plus grand obstacle à l'établissement de la liberté. Sa correspondance posthume contient à ce sujet des passages curieux, et où il s'exprime avec une singulière vivacité :

« Partout en Europe, on sort de la liberté du moyen âge,

Si Tocqueville paraît à quelques-uns suspect d'exagération dans sa critique, voici un grand admirateur de la centralisation, à qui la force de la vérité arrache sur notre organisation administrative et ses effets politiques de curieux aveux : c'est M. Dupont-White, que j'ai déjà cité.

« non pour entrer dans la liberté moderne, mais pour re-
« tourner au despotisme antique. *Car la centralisation, ce*
« *n'est pas autre chose que l'administration de l'empire ro-*
« *main modernisée.* Je ne doute pas qu'il ne finisse par sortir
« d'une pareille législation politique, si elle parvenait à se
« fonder solidement partout, des effets semblables à ce qu'on
« a vu à la fin de l'empire d'Orient et de tout temps à la
« Chine : — une race très-civilisée et abâtardie en même
« temps; des troupeaux d'hommes intelligents, et non des
« natures énergiques et fécondes. » *Nouvelle correspondance*, Œuvres complètes, t. VII, p. 323.

Et ailleurs :

« Il n'y a pas d'étude qui soit plus propre à rétrécir et à
« fausser l'esprit (que l'étude du droit administratif)...

« La centralisation administrative, dont le droit adminis-
« tratif a pour but d'enseigner les règles, est assurément
« une machine fortement construite, et on peut l'admirer si
« on ne la considère qu'au point de vue de la facilité qu'elle
« donne au gouvernement d'atteindre partout, de conduire,
« de régenter tous les hommes et toutes les affaires. C'est
« une machine de gouvernement très-bien faite, mais im-
« propre à produire la sécurité, la liberté, les vertus publi-
« ques qui font la prospérité des empires et leur grandeur.
« C'est à elle surtout que nous devons nos révolutions inces-
« santes, nos mœurs frivoles, l'impossibilité où nous avons
« toujours été de fonder une liberté modérée et raisonnable.
« C'est à elle que les provinces doivent l'espèce d'abâtardis-
« sement intellectuel dans lequel elles sont tombées, et qui
« fait que tout mouvement y est comme éteint. » *Nouvelle correspondance*, Œuvres complètes, t. VII, p. 316.

A la fin de son livre de *la Liberté politique*, où il combat énergiquement la doctrine de la décentralisation au profit des communes, il a écrit un chapitre où il examine la question de la prépondérance administrative, non plus au point de vue des communautés locales, mais au point de vue des simples particuliers. Ce chapitre est intitulé : « L'excès d'autorité en France n'est pas contre la commune, mais contre l'individu. »

J'incline à croire, pour ma part, qu'il y a excès même contre les communes[1]. Mais je n'ai à m'occuper ici que de l'individu, et les aveux qu'on laisse échapper ont d'autant plus d'autorité qu'ils tombent de la bouche d'un défenseur habile et zélé de l'autorité administrative.

« L'unité de pouvoir n'est pas le mal dont vous « souffrez. Ce mal est ailleurs. Il consiste dans l'in- « tensité du pouvoir, et cette intensité a tort, non à « l'égard des localités, mais à l'égard des individus; « et à l'égard de ceux-ci, non dans leurs relations « civiles, mais dans leurs relations avec la puissance « politique. Nous regorgeons, nous crevons de rè- « glements, dès qu'il s'agit de choses qui touchent,

1. « Grâce à l'appareil législatif que nous a légué le passé, on ne peut pas remuer une pierre, creuser un puits, exploiter une mine, élever une usine, s'associer, et pour ainsi dire user et abuser de son bien, sans la permission ou le contrôle du pouvoir central, et de grands intérêts se trouvent souvent retardés et sacrifiés dans les degrés inférieurs de l'échelle administrative. » Discours de M. de Morny au conseil général du Puy-de-Dôme (*Moniteur* du 30 août 1858).

« ou seulement qui effleurent les intérêts du pou-
« voir. *Ici notre tradition est mauvaise*, ou plutôt
« la race elle-même est en faute, et nous apercevons
« dans toute sa laideur le revers de l'esprit fran-
« çais..... Voici comment se dépravе un esprit ainsi
« doué : dans son besoin de justice et de sanctions
« réglementaires, il prend l'alarme, *il s'abaisse à*
« *considérer le pouvoir exécutif comme l'unique*
« *gardien de l'ordre;* et on le voit, cédant tous ses
« droits, prodiguer au pouvoir les lois d'excep-
« tion.....

« La centralisation du pouvoir n'a rien de com-
« mun avec ses excès, et la dissémination du pou-
« voir dans les localités ne serait nullement une
« garantie de sa modération. En France, le pouvoir
« n'a pas besoin d'être central pour se permettre ou
« pour qu'on lui permette une infinité d'usurpa-
« tions. La preuve en est dans tous ces arrêtés de
« police municipale, dans tous ces règlements d'oc-
« troi qui essayent si volontiers la tyrannie et l'exac-
« tion. Le gouvernement et les tribunaux ont fort à
« faire pour réprimer ces entreprises malfaisantes,
« pour les annuler ou les traiter comme nulles.
« Parmi des gens où telle est la notion *et la ten-*
« *dance du pouvoir*, vous le couperiez en mille
« morceaux qu'il reparaîtrait sur tous les points,
« avec les mêmes instincts, rencontrant chez les
« gouvernés le même concours d'obéissance. *C'est*
« *de ce côté que nos mœurs et nos lois sont à déra-*
« *ciner, à transfigurer*.....

« Onze gouvernements, tout compte fait, se sont « succédé en France depuis soixante-quinze ans, « chacun apportant sa pierre à cet échafaudage qui « encombre nos libertés..., aucun n'abolissant l'œu- « vre mauvaise de ses devanciers...; à telles ensei- « gnes que je me demande si la loi des suspects a « été expressément abrogée, ou bien encore cer- « taine loi sur les prisons d'État qui date de 1809. « — Peu importe, direz-vous; nous n'en sommes « plus là. — Soit : c'était une hyperbole. Mais nous « avons encore dans toute leur vigueur et cette loi « de l'an VIII qui fait le fonctionnaire inviolable, ou « du moins irresponsable, et la loi sur la détention « des armes de guerre, et la loi dite de sûreté publi- « que, et tant d'autres lois qui se dressent devant « nous dès qu'il s'agit de discuter, de se réunir, de « colporter, d'imprimer, d'afficher, d'enseigner, « même de prier..... Voilà les scandales, les énor- « mités !.....

« Il est bien entendu aujourd'hui d'un bout à « l'autre de l'Europe que les gouvernements sont « responsables, et cette responsabilité a lieu en « effet. Seulement, quand elle n'est pas organi- « sée par les lois avec détermination expresse des « personnes et des cas où elle s'applique, elle est « nulle ou violente..... C'est le cas des révolutions. « Un pays civilisé pourrait adopter d'autres façons.

« Les Anglais nous donnent à ce propos un grand « exemple, mais qui n'est pas peut-être pour plaire « à tout le monde, ni pour être compris de tout le

« monde. Aussi je veux l'analyser et le proposer « dans tous ses détails à notre étonnement, à notre « scandale. Oui, sachons-le bien; il y a un pays où « les chefs militaires ayant fait acte de répression, « peuvent être traduits en justice comme homici- « des; où ils appellent en garantie à côté d'eux le « gouvernement dont ils ont reçu les ordres; où « celui-ci vient expliquer au juge qu'il a entendu « exécuter les lois; où le juge peut décider que la « loi n'a pas été exécutée, mais violée; qu'un crime « a été commis, sous couleur de répression légale, « un crime dont le gouvernement ou ses agents doi- « vent porter la peine.

« Il ne faut pas vous voiler la face. Une société « peut vivre avec ces mœurs, et même prospérer de « la manière la plus enviable. Vous savez bien que « le pays où se passent ces énormités n'en est pas « moins très-ordonné, très-policé; mais ce qu'on y « voit le plus, c'est le sentiment de la légalité, c'est « l'ordre existant par lui-même en quelque sorte, et « debout dans les consciences[1]. »

On me pardonnera cette longue citation; d'un défenseur ardent de la centralisation administrative, elle m'a paru curieuse et importante. *Habemus confitentem...* Non, le mal n'est pas dans l'unité du pouvoir; il est dans l'excès de son intensité, c'est-à-dire dans son omnipotence; dans sa prétention de

1. Dupont-White, *la Liberté politique*, chap. VIII, p. 325 et suiv.

tout décider, de tout juger souverainement; dans l'absence de tout contrôle de ses actes, de tout frein à ses empiétements, de toute garantie contre son arbitraire. Oui, c'est la passion du pouvoir, la manie de règlements, la *fureur de gouverner*, comme disait Mirabeau, qui est le travers de l'esprit français, le vice de nos mœurs, le mal de notre législation. Oui, c'est ainsi que s'est *dépravé* l'esprit de la nation, allant de l'excès de l'*obéissance* aux caprices de la rébellion, abandonnant un jour tous ses droits au pouvoir, et le brisant le lendemain dans un mouvement de fantaisie ou de colère. Il est curieux d'entendre ici un avocat de la centralisation parler le même langage que Tocqueville, l'ennemi de la centralisation, et reconnaître comme lui que c'est ainsi qu'on rend une nation à la fois *servile* et *révolutionnaire*. Il est remarquable de le voir tout à coup, éclairé par les effets politiques de la centralisation, se prendre d'admiration pour le régime anglais, qui en est précisément le contre-pied, et nous donner en exemple une société où (chose inouïe en France!) le juge peut déclarer que le pouvoir exécutif et ses agents *ont violé la loi!*

Mais quoi! N'est-ce pas là mettre le gouvernement en tutelle? N'est-ce pas là déplacer la souveraineté? Ne craint-on pas que le pouvoir judiciaire, avec son esprit de légalité étroite, ne gêne l'action du pouvoir, n'entrave son indépendance?

On se rappelle que ce sont là les grandes objections qu'on oppose à l'abolition de la juridiction adminis-

trative, celles que M. Dupont-White lui-même y opposait. J'avoue que je le trouve inconséquent à ses propres principes; j'ai peine à concilier ce qu'il demande ici avec ce qu'il refusait tout à l'heure. Si on trouve bon qu'un juge prononce, comme en Angleterre, sur la légalité d'un acte de l'autorité publique, du pouvoir politique, je ne puis comprendre qu'on lui refuse le même droit lorsqu'il s'agit d'un acte administratif, d'un litige en matière civile.

Il se pourrait que le pouvoir morcelé eût des tendances à l'arbitraire aussi prononcées que le pouvoir central, et que des administrateurs locaux eussent quelque propension à s'ériger en despotes au petit pied. L'observation peut avoir sa justesse, mais je n'en tire qu'une conclusion : c'est que la décentralisation, à elle seule, ne suffirait pas à remédier au mal, car elle pourrait seulement le déplacer; c'est qu'il faut y joindre une autre réforme, non moins importante, plus importante encore et plus urgente; il faut donner aux citoyens une garantie toujours prête, toujours à leur portée, et qui les protége contre tous les abus du pouvoir, soit local, soit central.

Cette garantie, c'est la justice seule qui peut la leur offrir.

« Il est de l'essence du pouvoir judiciaire de s'oc-
« cuper d'intérêts particuliers et d'attacher volontiers
« ses regards sur de petits objets qu'on expose à sa
« vue. Il est encore de l'essence de ce pouvoir de ne
« point venir de lui-même au secours de ceux qu'on
« opprime, mais d'être sans cesse à la disposition du

« plus humble d'entre eux. Celui-ci, quelque faible « qu'on le suppose, peut toujours forcer le juge « d'écouter sa plainte et d'y répondre : cela tient à « la constitution même du pouvoir judiciaire.

« Un semblable pouvoir est donc spécialement « applicable aux besoins de la liberté, dans un temps « où l'œil et la main du souverain s'introduisent « sans cesse parmi les plus humbles détails des ac- « tions humaines, et où les particuliers, trop faibles « pour se protéger eux-mêmes, sont trop isolés pour « pouvoir compter sur le secours de leurs pareils. La « force des tribunaux a été de tout temps la plus « grande garantie qui se puisse offrir à l'indépen- « dance individuelle ; mais cela est surtout vrai dans « les siècles démocratiques : les droits et les intérêts « particuliers y sont toujours en péril, si le pouvoir « judiciaire ne grandit et ne s'étend à mesure que « les conditions s'égalisent [1]. »

M. Dupont-White cite l'Angleterre. Il admire de quelle puissance y est investie l'autorité judiciaire, et comment elle couvre tous les citoyens d'une inviolable protection contre les violences, contre les répressions illégales du pouvoir. Il a raison d'admirer cela ; mais il ne dit pas tout, et il n'admire pas assez. Les juges anglais ne répriment pas seulement les excès du pouvoir politique ; ils font digue à toutes ses usurpations, à toutes ses illégalités. Ce

1. Tocqueville, *De la Démocratie en Amérique*, quatrième partie, chap. VII.

n'est pas seulement contre des actes éclatants de violence ou d'arbitraire qu'on peut invoquer leur appui ; c'est contre tout acte contraire à la loi, contre toute mesure d'un agent quelconque du pouvoir exécutif qui porte atteinte à un droit quelconque d'un citoyen. Il n'y a point, en Angleterre, de contentieux administratif, il n'y a rien qui ressemble à une juridiction administrative. Comme il n'y a qu'une loi, la loi commune, il n'y a qu'une justice, la justice commune. Tout acte du pouvoir exécutif peut être déféré aux Cours de justice, et apprécié par elles au point de vue de sa légalité. Tout citoyen qui se croit lésé peut recourir au juge ordinaire, de quelque part que vienne l'offense dont il se plaint ; sauf le droit qui appartient au juge, mais au juge seul, d'examiner si l'action est recevable.

Je n'ai pas besoin de dire qu'il en est de même aux États-Unis. La juridiction ordinaire est compétente pour toutes les actions ; elle seule prononce sur toutes les contestations, même soulevées par des actes du pouvoir exécutif ou des administrations locales. Il y a plus : non-seulement, en Amérique, le pouvoir judiciaire a le droit de déclarer qu'un acte de l'administration est illégal, mais il a un droit bien plus étonnant, bien plus exorbitant : il a le droit de déclarer qu'une loi votée par le Congrès est contraire à la Constitution et qu'il n'y a pas lieu de l'appliquer [1].

1. Voy. Édouard Laboulaye, *Histoire des Etats-Unis*. t. III, chap. XVIII.

Mais, sans invoquer une prérogative si exceptionnelle, on peut, même dans l'ancien monde, ajouter plusieurs autres exemples à celui de l'Angleterre. Il n'y a vraiment que dans les pays où la liberté est inconnue, qu'on trouve encore aujourd'hui cet oubli de tous les principes sur lequel est fondé la juridiction administrative française.

En Belgique, en Hollande, dans plusieurs des cantons suisses, le contentieux administratif est presque entièrement jugé par les tribunaux ordinaires. Toutes les contestations relatives aux droits civils leur sont déférées sans exception[1]. Les contestations relatives aux droits politiques leur sont aussi attribuées en principe ; il n'y a d'exception que pour celles qui sont spécialement déterminées par la loi, en matière de contributions directes et de service militaire. Ces difficultés sont jugées par des conseils provinciaux, sauf recours au roi ou à la Cour de cassation[2].

1. En voici, dans la législation belge, un exemple tout récent et remarquable. Une loi vient d'être votée par le Parlement, qui interdit aux sociétés des chemins de fer belges, toute cession au profit d'étrangers, sans autorisation du gouvernement. En cas d'infraction, le gouvernement peut s'emparer de l'exploitation, et la faire administrer pour le compte de la société ; cette mesure est ordonnée par *un arrêté royal*. Mais voici la garantie. L'article 3 de la loi ajoute : « Si la société conteste le fait de la contravention, « *elle peut recourir aux tribunaux* quant à ses intérêts « privés. Elle sera déboutée si le fait de la contravention « est établi ; dans le cas contraire, les tribunaux lui allouerront, à titre d'indemnité, une somme égale au préjudice « qu'elle subira... »

2. Voy. Batbie, *Droit administratif*, t. VII, p. 424.

En Prusse même, la Constitution déclare que toutes les contestations, même entre un particulier et l'État, appartiennent aux tribunaux. L'État qui possède ou qui contracte n'est devant eux qu'un justiciable comme un autre. Il n'y a d'exception que pour les actes du gouvernement[1].

L'Italie vient d'entrer résolûment dans la voix libérale et de réformer à cet égard sa législation. Une loi du 20 mars 1865 a aboli les tribunaux spéciaux chargés du contentieux administratif (tant en matière civile qu'en matière pénale), et a transporté à la juridiction ordinaire tous les procès pour contravention, et toutes les contestations où se trouve engagé *un droit civil ou politique*, alors même que ces contestations intéressent l'administration, ou qu'elles sont nées à propos d'un acte administratif[2].

Il faut ajouter que, dans tous les pays où l'administration a retenu en tout ou en partie le jugement du contentieux administratif, il y a du moins une loi qui détermine exactement et limite avec précision sa compétence. C'est ce qui a lieu dans la plupart des cantons suisses et en Saxe. La Constitution prus-

1. Dareste, *la Justice administrative en France*, p. 203.

2. Une seule exception est admise, et encore temporairement, en ce qui touche la revendication et le partage des biens communaux : les procès de cette nature sont attribués aux préfets; mais à charge d'appel devant les cours royales, et de pourvoi devant la cour de cassation; c'est là un correctif qui n'est pas de peu d'importance.

J'ai cru utile de donner en appendice, à la fin de ce volume, le texte des principales dispositions de cette loi : on y trouvera

sienne de 1850 a promis aussi une loi de ce genre.

En France, non-seulement nous avons un contentieux administratif, mais il est indéterminé et quasi illimité. C'est le chaos dans l'arbitraire. Nulle règle précise, nul principe. En dehors de quelques textes spéciaux, des raisons générales d'analogie ou de convenance déterminent seules la compétence de l'administration. Et comme elle évoque les affaires à son gré au moyen des conflits, et que c'est elle seule qui est juge de ces mêmes conflits, c'est elle-même en réalité qui fixe sa compétence ; c'est elle seule en définitive qui la limite. Sa jurisprudence à cet égard varie selon son bon plaisir ; elle fait la loi et l'applique ; on peut dire que dans ce cas elle cumule les trois pouvoirs. Et il est inutile d'ajouter que, grâce aux tendances inhérentes à tout pouvoir, le cercle de sa compétence va incessamment s'élargissant. Le recueil des arrêts du conseil d'État et de la Cour de cassation en fournit tous les jours la preuve.

appliqués les vrais principes de la matière, touchant la séparation des pouvoirs, la distinction des affaires de juridiction gracieuse et des affaires contentieuses. L'indépendance de l'autorité administrative est maintenue, mais les droits du pouvoir judiciaire sont affirmés : à lui seul de trancher les questions de *légalité*. L'art. 5 porte : « Les tribunaux appliqueront les actes administratifs et les règlements *en tant qu'ils seront conformes aux lois.* »

CHAPITRE VI

Du privilége qu'ont les agents du gouvernement de ne pouvoir être poursuivis sans autorisation du conseil d'État. — Que ce privilége date de l'ancien régime, mais qu'il a été étendu et aggravé depuis la Révolution.

C'est un privilége énorme de l'administration que seule elle soit juge des contestations qui s'élèvent à propos de ses actes ; car les plus graves intérêts, les droits les plus précieux des citoyens peuvent s'y trouver engagés.

Et pourtant ce privilége énorme n'est pas le plus grand des priviléges attribués, en France, au pouvoir administratif : il en a un bien plus exorbitant encore. Non-seulement ses actes sont protégés contre les réclamations des intérêts privés par une juridiction exceptionnelle, mais ses agents sont couverts par une garantie spéciale contre les plaintes que peuvent provoquer leurs prévarications ou leurs abus de pouvoir. Non-seulement ses actes ne peuvent pas être déférés, même pour illégalité, aux juges ordinaires ; mais ses agents ne peuvent pas être poursuivis devant les tribunaux, même pour crimes ou délits commis dans leurs fonctions.

C'est là ce qu'on appelle « la garantie constitutionnelle » des agents du gouvernement.

En quoi elle est *constitutionnelle*, c'est ce qu'on se demande d'abord. Elle ne dérive en aucune façon des principes de notre Constitution ; elle ne fait point partie intégrante du système politique organisé par notre Constitution. Il n'apparaît de cette dénomination assez singulière, qu'une seule raison : c'est que la garantie en question a été pour la première fois écrite dans une loi qui s'appela la Constitution de l'an VIII. Cette Constitution a depuis longtemps disparu ; dix ou douze Constitutions différentes ou contraires lui ont succédé. Un seul article lui a survécu, un article 75 qui créait précisement le privilége dont je viens de parler aux profit des fonctionnaires. C'est donc par son origine seulement que cette garantie peut être dite constitutionnelle. Il y a là un singulier abus de langage : on dirait qu'on a voulu donner à ce privilége administratif comme une sorte de consécration solennelle, en affectant de le ranger parmi les grands principes constitutionnels de l'État.

Quoi qu'il en soit de ce point, il faut examiner de près la nature, l'étendue et les conséquences de cette disposition.

Je viens de dire qu'elle a été introduite dans notre législation actuelle par l'article 75 de la Constitution de l'an VIII. Mais les origines de ce privilége sont plus haut. Il en est ici comme de la juridiction administrative : si on veut bien comprendre l'état de

choses actuel, il faut étudier d'abord l'état de choses ancien ; il faut voir ce qui existait sous la monarchie absolue, en quoi la Révolution l'a modifié, ce qu'elle en a ôté, ce qu'elle y a ajouté.

Le droit qu'ont les agents du gouvernement de n'être actionnés qu'après autorisation préalable, ou devant des juridictions exceptionnelles, n'est pas un privilége nouveau. Il existait sous une autre forme dans l'ancien régime. Notre ancienne législation en avait emprunté le principe au droit romain du Bas-Empire : c'est de là, on l'a déjà vu, c'est du despotisme byzantin qu'est sortie, pour la plus grande part, notre centralisation administrative. Sous le Bas-Empire, le juge local pouvait informer contre les officiers du prince ; mais il était tenu de surseoir, après cette information préparatoire, jusqu'à ce que le prince eût fait connaître sa volonté [1].

Sous notre ancienne législation, on atteignit le même but par d'autres moyens. La règle fut que, dans chaque administration, les officiers inférieurs seraient jugés par leurs supérieurs, pour les crimes commis dans leurs fonctions. Ainsi les officiers, gardes, commis et préposés des finances (préposés des gabelles, traites et tailles, juges de greniers à sel et d'élections), n'étaient justiciables que de la cour des aides, pour crimes, abus, malversations,

1. Constitut. de Valens, de Valentinien et de Zénon. Code Théodosien, L. II, *De exhibendis et transm. reis.* — L. XIII, *De accusationibus.* — Voy. Faustin Hélie, *Traité de l'Inst. crim.*, t. III, § 156.

commis dans l'exercice de leur charge. De même, les officiers et employés des eaux et forêts étaient jugés par les grands maîtres des eaux et forêts. De même la cour des comptes connaissait seule des affaires criminelles, comme péculat, faux, divertissement, ayant trait aux comptes. Quant aux officiers de judicature (trésoriers du roi, lieutenants généraux, lieutenants criminels, prévôts, avocats du roi, procureurs du roi), le juge du lieu n'avait que le droit d'information préliminaire. Ils ne pouvaient être, comme les magistrats, jugés que par les parlements ou cours souveraines. — Les membres de la cour des comptes étaient justiciables de la grand'chambre du parlement de Paris[1].

Tel était le système de notre ancien droit. Dans chaque branche de l'administration publique, les préposés avaient, au faîte même de cette administration, une juridiction spéciale dont ils étaient exclusivement justiciables pour tous les faits relatifs à leurs fonctions. C'était bien la plus puissante de toutes les garanties, une garantie supérieure même à celle de l'autorisation préalable; car, non-seulement l'administration jugeait le procès comme elle l'entendait, mais elle était maîtresse absolue de poursuivre ou de ne pas poursuivre, d'accueillir ou de ne pas accueillir la plainte.

Dans l'origine, les parlements avaient une juri-

1. Voy. Faustin Hélie, *Traité de l'Instr. crim.*, t. III, § 156. — Dareste, *la Justice administrative en France*, p. 516 et suiv.

diction sur les officiers du roi. Ainsi l'ordonnance de 1629 renvoyait devant eux les commandants des places fortes prévenus de violence contre les particuliers. « S'il est fait plainte, dit l'article 204 de « cette ordonnance, contre aucun de ceux qui « commandent aux places fortes, de quelques vio- « lences commises sur nos sujets, enjoignons à nos « juges ordinaires des lieux de recevoir lesdites « plaintes de ceux qui s'adressent à eux, et d'en in- « former; et les informations étant prises, les ren- « voyer closes et scellées aux procureurs généraux « de nos parlements, au ressort desquels ils seront, « pour être par nosdits parlements procédé contre « ceux qui se trouveront avoir commis lesdites vio- « lences, selon la rigueur des ordonnances. » Et lorsque, quarante ans plus tard, on établit les intendants de province, les parlements, les assimilant aux commandants de places fortes, leur appliquèrent les dispositions de l'ordonnance de 1629 [1]. Il y avait là le principe d'une protection efficace pour les citoyens; on sait que les parlements surveillaient l'administration des intendants d'un œil sévère et quelquefois jaloux [2]. Mais la garantie, instituée par l'ordonnance de 1629, fut bientôt complétement pa-

1. Henrion de Pansey, *De l'Autorité judiciaire en France*, t. II, chap. XLVII.

2. Il faut remarquer aussi que, sous l'ancien régime, la plupart des services administratifs étaient en ferme, et que les fermiers étaient responsables du fait de leurs commis. (Art. 10 de l'ordonnance de 1681.)

ralysée par le droit d'évocation qu'exerçait le conseil du roi, chaque fois qu'il le jugeait convenable.

Ce droit d'évocation devint en effet le complément énergique du privilége qui couvrait déjà la plupart des membres de l'administration : il fournit au pouvoir royal un moyen détourné de protéger les fonctionnaires auxquels ce privilége ne s'appliquait pas.

On imagina à cet effet une théorie fort ingénieuse. On distingua les procès roturiers, ne touchant qu'à des intérêts privés, et qu'on laissa aux tribunaux ordinaires, et les procès privilégiés, où était intéressée l'action publique, et ceux-là le roi se les réservait et les renvoyait devant des commissions spéciales. Bientôt, l'intérêt du fonctionnaire tendant toujours à se confondre avec l'intérêt public, le conseil d'État attira à lui, par des arrêts d'évocation, toutes les affaires où les agents du prince pouvaient se trouver directement ou indirectement compromis.

« Lorsque les tribunaux de l'ancien régime vou-
« laient poursuivre un représentant quelconque du
« pouvoir central, il intervenait d'ordinaire un arrêt
« du conseil, qui soustrayait l'accusé à ses juges et
« le renvoyait devant des commissaires que le con-
« seil nommait ; car, comme l'a écrit un conseiller
« d'État de ce temps-là, un administrateur ainsi at-
« taqué eût trouvé de la prévention dans l'esprit des
« juges ordinaires, et l'autorité du roi eût été com-
« promise. Ces sortes d'évocations n'arrivaient pas
« seulement de loin en loin, mais tous les jours,
« non-seulement à propos des principaux agents,

« mais des moindres. Il suffisait de tenir à l'admi-
« nistration par le plus petit fil, pour n'avoir rien
« à craindre que d'elle. Un piqueur des ponts et
« chaussées, chargé de diriger la corvée, est pour-
« suivi par un paysan qu'il a maltraité. Le conseil
« évoque l'affaire, et l'ingénieur en chef, écrivant
« confidentiellement à l'intendant, dit à ce propos :
« A la vérité, le piqueur est très-répréhensible,
« mais ce n'est pas une raison pour laisser l'affaire
« suivre son cours; car il est de la plus grande
« importance pour l'administration des ponts et
« chaussées, que la justice ordinaire n'entende ni
« ne reçoive les plaintes des corvéables contre les
« piqueurs des travaux. Si cet exemple était suivi,
« ces travaux seraient troublés par des procès con-
« tinuels, que l'animosité qui s'attache à ces fonc-
« tionnaires ferait naître [1]. »

Au premier abord on est tenté de voir dans ces arrêts d'évocation des actes de pur arbitraire. En fait, ce n'était pas autre chose. Mais il faut reconnaître qu'en droit il n'y avait rien là que de consé-

1. Tocqueville, *l'Ancien régime et la Révolution*, chap. IV. — Voici un autre exemple plus curieux encore de ces évocations du conseil. Au mois de juin 1663, l'avocat général au parlement de Dijon fait arrêter et transférer à la conciergerie du palais, *sous prévention de vol*, un des conducteurs de la chaîne des forçats. Le conseil évoque l'affaire, et en renvoie la connaissance à l'intendant de la province, lequel, dit l'arrêt, est « juge naturel des abus d'un commandement confié par sa majesté. » (Al. Thomas, *Une Province sous Louis XIV*, p. 409.)

quent avec les principes de la monarchie absolue. Le roi avait *la plénitude de juridiction;* toute justice émanait de lui ; il pouvait donc logiquement revendiquer le droit de déterminer pour chaque affaire la juridiction compétente. Ni la séparation des pouvoirs, ni l'égalité de tous devant la loi, n'étaient alors des maximes de droit public : c'étaient même les maximes contraires qui prévalaient. Il ne pouvait donc venir à la pensée de personne que l'autorité judiciaire pût limiter d'aucune façon le pouvoir royal dans son exercice souverain. Il devait même sembler tout naturel que le prince couvrît d'une protection particulière ses agents, les représentants de son pouvoir, les mandataires de ses volontés. L'agent du roi n'était pas un simple roturier, qui pût être jugé comme les gens du commun. C'était là, sans doute, un privilége ; mais le privilége était alors le droit commun de la France.

Tel est le régime que trouva établi la Révolution. Faite au nom des principes, tout nouveaux, de la séparation des pouvoirs, de l'égalité de tous les citoyens devant la loi, de la responsabilité des fonctionnaires [1], elle devait, ce semble, abolir, effacer radicalement toute cette organisation fondée sur le privilége et les prérogatives de la royauté absolue.

1. Presque tous les cahiers, même ceux du clergé et de la noblesse, mentionnaient, au nombre des garanties que devait consacrer la loi, la responsabilité des ministres et des autres agents de l'administration. Le souvenir des lettres de cachet et du *despotisme ministériel*, comme disait Mirabeau, était

L'Assemblée constituante écrit, en effet, dans sa solennelle *Déclaration des droits*, ces deux articles, qui sont deux maximes fondamentales du droit public nouveau :

Art. 15. « La société a le droit de demander « compte à tout agent public de son administra- « tion.

Art. 16. « Toute société dans laquelle la garantie « des droits n'est pas assurée, ni la séparation des « pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution. »

Dès 1790, elle avait aboli le droit d'évocation royale. Toutes les anciennes juridictions privilégiées avaient disparu. Le terrain était déblayé, et les vrais principes posés.

Mais, j'ai déjà eu occasion de le dire, l'Assemblée constituante était animée d'un esprit de défiance exagérée contre la magistrature. Les parlements s'étaient montrés violemment hostiles aux idées de réforme : c'était un motif de briser leur résistance politique et de la rendre impuissante à l'avenir ; ce n'en était pas un de désorganiser et de subordonner le pouvoir judiciaire. C'est pourtant ce qu'elle fit. Dépositaire de la souveraineté nationale, elle n'eut qu'une préoccupation : la garder entière, absolue

dans tous les esprits. « Que toute personne, dit un des cahiers, qui aura signé un ordre, privant illégalement un citoyen de sa liberté, puisse être prise à partie *devant les juges ordinaires.* » (Cahier de la noblesse du bailliage de Chaumont en Bassigny, cité par M. Ed. Laboulaye, *l'Assemblée constituante*, Revue des cours littér., 24 avril 1869.)

dans ses mains, et empêcher que jamais les cours de justice pussent lui être un contrôle ou un frein.

On a vu plus haut comment cette préoccupation excessive lui fit, contrairement au principe même de la séparation des pouvoirs qu'elle proclamait, attribuer à l'administration elle-même le contentieux administratif. Elle tomba dans la même faute, en ce qui touchait la responsabilité des fonctionnaires. A la veille de l'écrire dans sa *Déclaration des droits*, elle se donna en fait le plus éclatant démenti, et dans la peur de subordonner le gouvernement au pouvoir judiciaire, elle fit les agents de l'administration inviolables et les mit en quelque sorte au-dessus des lois.

Une première loi, du 22 décembre 1789, porte (art. 7, section III) que les administrateurs de département et de district « ne pourraient être troublés dans l'exercice de leurs fonctions administratives par aucun acte du pouvoir judiciaire. »

Une autre loi, des 16-24 août 1790 (art. 13, titre II), défend « aux juges, à peine de forfaiture, de troubler, de quelque manière que ce soit, les opérations des corps administratifs, *ni de citer devant eux les administrateurs pour raison de leurs fonctions.* »

Ce n'est pas assez : on veut une garantie plus large, plus générale, contre l'intervention possible des tribunaux; et la loi des 7-14 octobre 1790 la pose en ces termes : « Aucun administrateur ne « peut être traduit devant les tribunaux, pour raison

« de ses fonctions publiques, *à moins qu'il n'y ait* « *été renvoyé par l'autorité supérieure*, conformé- « ment aux lois [1]. »

La question s'est élevée de savoir si ces dispositions législatives s'appliquaient à tous les délits, même de droit commun, commis par les administrateurs dans l'exercice de leurs fonctions ; ou si elles s'appliquaient seulement aux délits d'administration, aux abus ou excès de pouvoir commis par eux dans ces fonctions. Même en admettant cette dernière interprétation, qui est la plus libérale, il faut reconnaître que l'Assemblée constituante, en édictant ces lois, instituait au profit des administrateurs nouveaux un système de protection qui égalait au moins celui de l'ancien régime.

On peut même dire qu'elle le dépassait en un point. Elle supprimait en effet le droit d'information préliminaire qu'avait autrefois le juge du lieu, et qui offrait au moins cet avantage de constater les faits et de recueillir les preuves. A la place de l'évocation du conseil qui était facultative et particulière à chaque affaire, elle mettait une sorte d'évocation générale, obligée, absolue, qui déférait toutes les affaires, toutes les plaintes à l'*administration supérieure*. Personne, autre que l'administration supérieure elle-même, ne pouvait poursuivre un membre de l'administration. Elle seule était juge souverain

1. L'autorité supérieure était, pour les officiers municipaux, l'administration du département, pour les administrateurs du département, le Corps législatif.

des plaintes; elle seule avait le droit de *renvoyer devant les tribunaux* un fonctionnaire accusé d'un crime ou d'un délit.

Il est vrai de dire que, sous la constitution de 1791, les administrations de district et de département étaient le produit direct de l'élection; et qu'il y avait, dans le contrôle électoral, qui s'exerçait tous les quatre ans, un correctif aux abus possibles de cette législation [1]. Le principe n'en était pas moins détestable. Quelle que fût l'origine de l'administration, rendre l'administration inviolable, irresponsable; la constituer seule juge des excès ou des abus de pouvoir de ses membres, c'était anéantir dans ses mains toutes ces garanties qu'on avait proclamées indispensables aux sociétés civilisées.

1. Il faut noter aussi que l'Assemblée constituante, préoccupée d'empêcher le retour du régime des lettres de cachet, prit des mesures énergiques et efficaces pour protéger la liberté individuelle contre les arrestations illégales. Non-seulement elle défendit sous des peines sévères aux gardiens des prisons d'y recevoir aucun citoyen s'il n'y était envoyé par mandat ou jugement; non-seulement elle chargea les officiers municipaux de recevoir les dénonciations relatives aux détentions illégales, et autorisa les juges de paix à ordonner en outre l'élargissement; mais quiconque avait souffert une injuste atteinte à sa liberté, eut le droit, *sans aucune autorisation*, de faire poursuivre, même criminellement, le fonctionnaire ou le magistrat qui s'était rendu coupable ou complice de l'attentat. (Code pénal de 1791, p. II, tit. I, sect. 3.) — Ces dispositions furent répétées, à peu de chose près, par le Code de brumaire an IV. Mais elles disparurent de nos lois après l'an VIII, et elles n'y sont pas encore rentrées.

Aussi il faut voir avec quelle hauteur de raison et de dédain Burke parlait de ces lois : « Il est cu-
« rieux, dit-il, d'observer les soins que l'on a pris
« pour soustraire les corps administratifs à la juri-
« diction des nouveaux tribunaux. C'est-à-dire que
« les personnes mêmes qui doivent le plus être sous
« l'empire de la loi sont celles que l'on soustrait à
« son pouvoir..... On aurait présumé, si votre in-
« tention réelle n'avait pas été de faire de ces corps
« administratifs des états souverains indépendants ;
« on aurait présumé, dis-je, que vous auriez placé
« au rang des choses les plus dignes de vos soins
« l'établissement d'un tribunal respectable, sem-
« blable à ce qu'étaient vos parlements ou tel que
« notre *Banc du roi*, où ressortissent tous nos offi-
« ciers publics, soit pour obtenir protection quand
« ils agissent d'après la loi, soit pour en éprouver
« la rigueur s'ils s'en écartent. Mais la raison de
« cette exemption est évidente : ces corps adminis-
« tratifs sont les agents principaux qui dirigent ce
« passage de la démocratie à l'oligarchie. Il faut
« par conséquent les mettre au-dessus de la loi [1]. »

Il était difficile d'aller plus loin ; on n'alla pas plus loin, mais on fit mieux. La Constitution de l'an VIII [2]

1. *Réflexions sur la Révolution de France.*

2. Sous la constitution de fructidor, le principe de la législation n'avait pas varié : c'était au Directoire exécutif seul qu'appartenait le pouvoir d'envoyer devant les tribunaux les administrateurs de canton et de département pour délits relatifs à leurs fonctions.

qui, au sortir du chaos revolutionnaire, réorganisa un gouvernement en France, n'eut garde d'oublier cette importante question de la responsabilité des fonctionnaires. Elle la trancha en quelques mots, par un petit article de trois lignes, dont l'immense portée ne fut pas comprise tout de suite. Le système qu'elle adopta, moins absolu en principe que celui de la Constituante, moins choquant aussi dans la forme, était tout aussi efficace au fond, et même dans l'application allait devenir plus compréhensif et plus large. C'était tout simplement le retour au système de l'empire romain, l'autorisation préalable.

L'article 75 de cette Constitution porte : « Les « agents du gouvernement, autres que les mi- « nistres[1], ne peuvent être poursuivis, pour des « faits relatifs à leurs fonctions, qu'en vertu d'une « autorisation du conseil d'État ; en ce cas, la pour- « suite a lieu devant les tribunaux ordinaires. »

Si on compare ce nouveau système de garantie inauguré en l'an VIII avec celui qu'avait établi la Constituante, on est frappé, dès l'abord, de plusieurs différences considérables, et on remarque que ces différences constituent toutes des aggravations.

1. Il ne faudrait pas croire, comme ces mots pourraient le faire supposer, que les ministres ne fussent protégés par aucune garantie de ce genre : cela veut dire en réalité qu'ils étaient couverts par un privilége spécial et encore plus grand. D'après les art. 71, 72 et 73 de la même Constitution, ils ne pouvaient être poursuivis devant la haute-cour qu'après autorisation du conseil d'État, pour les délits privés, et du corps législatif pour les délits politiques.

En premier lieu, les lois de 1790 et de 1791 ne parlaient que des *administrateurs ;* c'est-à-dire des officiers municipaux et des membres des administrations de district et de département. La Constitution de l'an VIII parle de *tous les agents du gouvernement*, et on verra tout à l'heure quelle extension extraordinaire a été donnée à ces expressions si générales [1].

En second lieu, les lois antérieures ne s'appliquaient qu'aux *délits d'administration ;* et à prendre ces mots dans le sens naturel, on ne pouvait y comprendre que les faits constituant proprement des excès de pouvoir ou des abus de la fonction même. Les termes de l'art. 75 de la nouvelle Constitution « pour des faits *relatifs* à leurs fonctions, » sont bien autrement vagues, bien autrement élastiques ; et cette élasticité a permis d'y faire entrer tous les crimes et délits, même de droit commun, commis dans l'exercice de la fonction.

Enfin, j'ai déjà fait remarquer que le caractère électif et local des administrations, sous le régime constitutionnel de 1791, était un correctif notable aux inconvénients du système de garantie alors en vigueur. L'administration n'était point hiérarchiquement or-

1. Le jurisconsulte Merlin, qui vit naître cette Constitution, fait le premier cette remarque : « La Constitution de l'an VIII, dit-il, va plus loin que les Constitutions précédentes : elle identifie en cette matière avec les administrateurs quelconques *tous les agents du gouvernement.* » *Répertoire de Jurisprudence*, v° Garantie des fonctionnaires publics.

ganisée, ni fortement centralisée, comme elle l'a été depuis. Les administrateurs avaient à la fois plus d'indépendance vis-à-vis du pouvoir central, et plus de responsabilité, au moins morale et politique, vis-à-vis des citoyens. — En l'an VIII, tout change. A la place des conseils exécutifs, le premier consul met des agents qui relèvent de lui; à la place de l'élection, il met le choix du souverain. L'administration s'organise et se concentre; elle est toute dans la dépendance absolue du pouvoir, et n'a de responsabilité que vis-à-vis du pouvoir. Bonaparte, avec son instinct de despote, avec « sa vue longue d'oiseau de proie, » comme dit Madame de Staël, avait découvert et ressaisi dans l'ancien régime tout ce qui pouvait servir à reconstituer entre ses mains le pouvoir absolu. Il avait jeté les bases d'une centralisation administrative dont on n'avait encore pas vu l'exemple; et cette administration toute-puissante, pour l'avoir toujours obéissante et dévouée, il la déclarait irresponsable et inviolable, sous la seule réserve de son bon plaisir : « Règle audacieuse, dit « Tocqueville, qu'on a de tout temps cherché à faire « prévaloir dans les monarchies absolues, mais « qu'aucun despote n'a jamais osé écrire littérale- « ment dans aucun code, et qu'aucun peuple du « monde n'avait encore admise comme principe « général[1]. »

1. *Etudes économiques et politiques*, Œuvres complètes, t. IX, p. 63.

L'Empire sortit du Consulat comme le chêne sort du gland : il en appliqua naturellement et en développa les principes. Ce qui est fait pour étonner, c'est que, depuis la chute de l'Empire, six ou sept gouvernements se sont succédé, répudiant son héritage politique, repoussant ses principes absolutistes, proclamant à l'envi la liberté, affichant, pour la plupart, la prétention de renouer la tradition de 1789 ; — et aucun d'eux n'a eu le courage, la loyauté de répudier cet article 75 de la Constitution de l'an VIII, véritable instrument de despotisme, qui était à sa place dans le redoutable mécanisme de l'administration impériale, mais qui a peine à se comprendre dans un régime constitutionnel. Les révolutions ont changé la face de la France ; les dynasties impériales et royales ont été chassées, pour être rappelées et chassées encore. Il n'est pas une institution, pas une loi qui n'ait été détruite ou remaniée ; tout a sombré à son tour, au moins pour un temps, dans cette longue suite de naufrages ; tout, excepté cet article 75, qui, comme une glorieuse épave, a seul surnagé dans l'engloutissement de toutes nos libertés.

Un jour, en 1815, une réforme fut promise à ce sujet. L'acte additionnel portait (art. 50) : « L'article 75 du titre VIII de l'acte constitutionnel du 22 frimaire an VIII, portant que les agents du gouvernement ne peuvent être poursuivis qu'en vertu d'une décision du conseil d'État, sera modifié par une loi. »

Cette promesse était due à l'initiative de Benjamin Constant, l'homme de France qui, à cette époque, avait la plus claire intelligence des conditions de la liberté. Il avait vu de près fonctionner la Constitution de l'an VIII ; il savait ce que valent, pour protéger la liberté civile, ces fastueuses garanties politiques écrites dans les constitutions ; ce que valaient notamment celles qu'avait organisées la Constitution du Consulat, et entre autres le droit de pétition solennellement inscrit dans son article 83.

« Je me rappelle, dit-il, qu'à cette époque, quand « je réclamais des garanties pour la liberté, on me « répondait : « Les véritables garanties sont dans « le Tribunat, dans le Corps législatif et dans le « Sénat conservateur... » Dans les premiers temps « du Tribunat, nous étions assaillis de pétitions, et « le Tribunat renvoyait régulièrement au gouver- « nement ceux qui se plaignaient du gouvernement. « Voilà ce que c'est que le droit de pétition quand « la liberté est comprimée. Naguère, il y avait une « commission sénatoriale pour la liberté indivi- « duelle. A-t-elle fait relâcher un seul prisonnier « d'État[1] ? »

C'est le souvenir et la haine de cet arbitraire qui, en 1815, quand l'Empereur, libéral malgré lui, se résigna à se dessaisir du pouvoir absolu, et chargea B. Constant de rédiger une nouvelle Constitution, c'est ce souvenir qui lui fit insérer dans le nou-

1. *Cours de politique constitutionnelle*, t. I.

vel acte constitutionnel la promesse formelle que l'art. 75 serait aboli. « D'après cet article, dit-il « encore dans le même livre, l'on ne pouvait pour- « suivre la réparation d'aucun délit commis par le « dépositaire le plus subalterne de la puissance, sans « le consentement formel de l'autorité. Un citoyen « était-il maltraité, calomnié, lésé d'une manière « quelconque par le maire de son village, la Consti- « tution se plaçait entre lui et l'agresseur. Il y avait « ainsi, dans cette seule classe de fonctionnaires, « quarante-quatre mille inviolables au moins, et « peut-être deux cent mille dans les autres degrés « de la hiérarchie. Ces inviolables pouvaient tout « faire sans qu'aucun tribunal pût instruire contre « eux, tant que l'autorité supérieure gardait le si- « lence. L'acte constitutionel que nous possédons a « fait disparaître cette disposition monstrueuse[1]. »

Elle n'avait disparu que pour un jour. La Charte de 1814 était restée muette à ce sujet, et on interpréta son silence dans le sens du maintien du régime antérieur.

Il y eut bien quelques jurisconsultes qui protestèrent, — le sage Toullier par exemple, et le vénérable président Henrion de Pansey, — hommes de la génération de 89, encore entêtés des vieilles idées de droit, d'égalité devant la loi, de liberté individuelle, et à qui la longue domination impériale

1. *Principes de politique*, Cours de politique constitutionnelle, t. I, p. 96.

n'avait pas fait prendre le pli de la servitude administrative. Ils ne purent, sans étonnement et sans révolte, voir le conseil d'État, sous la royauté constitutionnelle, revendiquer le privilége de l'art. 75 de la Constitution consulaire. Ils soutinrent que la Charte de 1814 avait implicitement abrogé cet article, en abrogeant toutes les constitutions et toutes les lois antérieures contraires à ses principes.

« Il est certain, disait Toullier parlant de l'art. 75, « que, sous l'empire de cette disposition tyrannique, « la liberté individuelle, la sûreté même des citoyens « n'étaient point suffisamment garanties, puis- « qu'elle enchaînait la faculté de poursuivre, devant « les tribunaux, qui en sont les gardiens naturels, « les personnes dont les attentats contre ces droits « sacrés sont le plus à redouter...

« Or, cette disposition est contraire à la Charte, à « son esprit, aux principes constitutionnels... On « ne peut donc plus l'invoquer aujourd'hui pour « donner aux prévaricateurs, puissants ou protégés, « *un brevet d'impunité*, comme le disait énergique- « ment le vertueux Monnier, préfet d'Ille-et-Vilaine, « et ensuite conseiller d'État. »

Sans doute, ajoutait-il, la loi du 14 décembre 1789 exigeait l'autorisation des Directoires de département pour les *délits d'administration ;* « mais « conclure de là que l'on ne peut, sans autorisation « du conseil d'État, poursuivre un fonctionnaire « coupable qui a attenté à la liberté individuelle ou « à la sûreté d'un citoyen, qui a commis des vio-

« lences sur sa personne, qui l'a maltraité, blessé, « estropié, assassiné : c'est déraisonner si évidem- « ment, si complétement, que l'on ne peut, sans « manquer au respect qui lui est dû, prêter un pa- « reil raisonnement au conseil d'État[1]. »

A ces vives attaques du vieux juriconsulte, Henrion de Pansey ajoutait d'autres raisons non moins puissantes. Il faisait remarquer que, sous la Constitution de l'an VIII, le conseil d'État était un véritable pouvoir organique, constitutionnel, indépendant de la volonté du chef du gouvernement, et rendant des décisions propres[2]. Depuis 1814, le conseil d'État n'était plus que le conseil du roi : ce n'était plus un pouvoir ; la Charte n'en faisait pas même mention ; il dépendait des ministres, et ne faisait plus que donner *des avis*[3]. Henrion de Pansey concluait de là, non sans apparence de raison, que « la prérogative que l'art. 75 conférait au conseil d'État, faisant partie de ses attributions constitutionnelles, l'article, le conseil et la Constitution avaient dû éprouver le même sort[4]. »

1. Toullier, *Droit civil français*, t. I, p. 197-199. In-8°, 1818.

2. Sous l'Empire même, le conseil d'État était resté un pouvoir gouvernemental. Ses membres devenaient inamovibles après un certain temps d'exercice.

3. « Le nécessaire effet de la responsabilité ministérielle, comme dogme fondamental de nos institutions, était d'ôter au conseil d'État toute existence politique. » Cormenin, *du Conseil d'État*.

4. *Du Pouvoir municipal en France. — De l'Autorité judiciaire*, chap. XLVIII.

Il y avait là certainement quelque chose de sérieux. Mais il fallait être naïf comme ces vieux jurisconsultes, pour croire que le gouvernement s'arrêterait devant de beaux raisonnements. La royauté constitutionnelle de 1814 mettait autant d'empressement à recueillir ce précieux art. 75 dans l'héritage du Consulat et de l'Empire, que l'Empire et le Consulat en avaient mis à reprendre à la monarchie de Louis XIV les Intendants et la centralisation administrative.

Non-seulement la jurisprudence du conseil d'État déclara que l'art. 75 était toujours en vigueur, mais elle en donna une interprétation plus extensive, plus large qu'on n'avait fait jusqu'alors.

Que fallait-il entendre par ces mots : *agents du gouvernement?* On ne les avait appliqués d'abord qu'aux fonctionnaires qui, comme les préfets et sous-préfets, participaient à l'*action* administrative. Mais bientôt on confondit l'autorité publique avec l'action gouvernementale; et, partant de ce principe, on étendit peu à peu la garantie à une foule de fonctionnaires. On l'étendit d'abord aux commandants militaires; puis, par cette tendance naturelle du pouvoir à développer ses prérogatives, on l'appliqua à tous les *employés du gouvernement*, à tous ceux qui exerçaient « une portion quelconque d'*autorité publique*. » On arriva ainsi à en faire profiter, outre les maires et adjoints, les receveurs de l'enregistrement, les percepteurs, les intendants militaires et de marine, les consuls et vice-consuls, les préposés des

douanes et des contributions indirectes, les inspecteurs et directeurs des postes. On alla plus loin; on l'étendit aux membres des bureaux de bienfaisance et administrateurs des hospices; aux gardes des forêts nationales, à ceux des bois de la couronne, des bois des apanages et des bois communaux; aux conducteurs des ponts et chaussées, même auxiliaires, aux gardes-mines, gardes-ports, inspecteurs des halles et des marchés, gardes d'écluses, agents voyers, préposés des ponts à bascule, etc., etc., etc.[1].

Voilà jusqu'à quelle incroyable exagération une jurisprudence incessamment envahissante a élargi le cercle du privilége. Depuis 1807 jusqu'à nos jours, on peut suivre, dans les arrêts du conseil d'État et de la Cour de cassation, le progrès continu de cette interprétation bénévole et de ces définitions de plus en plus élastiques. Où ce mouvement s'arrêtera-t-il[2]?

1. Voy. Cormenin, *Questions de Droit administratif*, III, chap. XXXIV. — Dufour, *Traité de Droit administratif*, chap. XXIII. — Faustin Hélie, *Instruction criminelle*, III, § 155.— Mangin, *de l'Action publique*, § 249.— D'après des dispositions spéciales, les directeurs généraux de l'enregistrement, des domaines, des forêts, des postes, peuvent donner l'autorisation de poursuite contre les employés de leur administration. De même, les préfets pour les percepteurs. — Cette mesure n'a été prise que pour décharger le conseil d'État d'un trop grand nombre de demandes. Mais on comprend que la garantie est la même; on peut même dire que le conseil d'État est dans des conditions plus rassurantes d'impartialité.

2. Jusqu'à présent, par exemple, on a exclu de la garantie les sergents de ville et inspecteurs de police. Non pas qu'il

L'art. 75 ne statue que pour les *faits relatifs aux fonctions*. Il est incontestable que cela comprend tout ce qui constitue l'exercice et l'abus de la fonction, l'usage illégal aussi bien que l'usage légitime de la fonction ; par conséquent les faits de prévarication, de concussion, les actes violents ou arbitraires commis à l'aide de l'autorité qui découle de la fonction. Mais il semble que c'est à cela que l'immunité devait se restreindre. Car ce n'est pas la personne, c'est l'acte administratif qu'on a voulu protéger. Il semble donc que le fait ne soit relatif aux fonctions, que lorsque l'agent a fait de sa fonction même l'instrument du délit, lorsqu'il a accompli ce délit *en sa qualité et dans l'ordre de faits* qui en dépend. Mais la jurisprudence, ici encore, a singulièrement étendu le sens de la loi : elle l'applique non-seulement aux faits qui sont *de la fonction*, mais même aux actes étrangers à la fonction qui ont été commis *pendant* qu'elle s'accomplissait. Ainsi un agent, *au cours et à l'occasion* de ses fonctions, se rend coupable d'un délit commun, d'un meurtre, d'un viol : cette seule circonstance que le fait s'est produit dans l'exercice de la fonction, et que l'autorité de la fonction a pu servir ou aider à la commettre, est pour la jurisprudence un motif de déclarer qu'il y a connexité, et que l'autorisation

n'y ait eu des décisions dans le sens de l'affirmative (jugement du tribunal civil de la Seine, sixième chambre, affaire Parent, 1867). Mais la Cour de cassation a toujours persisté à repousser cette doctrine.

préalable est nécessaire[1]. — Par cette interprétation, on a prodigieusement étendu la portée d'un privilége déjà immense. Le législateur de l'an VIII n'avait voulu protéger que la fonction, l'administration, dans la personne du fonctionnaire, de l'administrateur; la jurisprudence en est venue à protéger le fonctionnaire lui-même jusque dans les délits vulgaires, dans les crimes de droit commun qu'il peut commettre à l'occasion de la fonction. C'est l'idéal du privilége [2].

Et ce n'est pas tout encore. On a jugé que l'autorisation était nécessaire, non pas seulement pour les poursuites au criminel, mais aussi pour les actions au civil. Lésé dans mes intérêts, mon honneur

1. Mangin, § 258; — Faustin Hélie, III, § 164; — Dufour, VI, § 422. — Par exemple, un préposé des douanes avait commis un attentat à la pudeur avec violence, *à l'occasion* d'une visite faite sur les vêtements d'une femme. (Arrêt de cass., 6 juillet 1826.)

2. Jusqu'à présent, on a généralement admis que c'est aux tribunaux qu'il appartient, lorsqu'un agent du gouvernement est poursuivi devant eux, de décider si l'autorisation préalable du conseil d'État est ou n'est pas nécessaire. Mais ce point a été controversé. Quelques auteurs ont soutenu que le conseil d'État était seul compétent à cet égard. Il y a même eu des arrêts de la Cour de cassation en ce sens (5 août 1823, et récemment, 5 mai 1862). Toutefois, après plusieurs variations, la Cour suprême est revenue, en dernier lieu, à la première opinion (3 avril 1866). Mais s'y tiendra-t-elle? C'est la doctrine la plus rassurante, la plus libérale. Est-il sûr que ce soit la plus logique? N'y a-t-il pas analogie complète entre ce cas et le jugement des conflits? Or, quand le pouvoir a la logique pour lui, il faut s'attendre un jour ou l'autre à voir les conséquences sortir du principe.

ou ma liberté, je n'ai pas plus le droit de demander devant le juge civil des dommages-intérêts au fonctionnaire dont j'ai à me plaindre, que le ministère public n'a lui-même le droit de le traduire devant le juge criminel pour des faits prévus par le Code pénal. L'action civile est paralysée comme l'action publique, et subordonnée à l'avis de l'administration.

Telle n'était pas l'opinion de Merlin, qui avait vu faire et même, si je ne me trompe, avait contribué à faire la loi de l'an VIII. Selon lui, cette loi n'avait voulu faire obstacle qu'aux poursuites criminelles[1]. On s'est fondé, pour soutenir l'opinion contraire, sur la généralité des termes de l'art. 75, qui parle de toutes *poursuites* sans distinction, et qui se sert du mot *faits* au lieu du mot *délits*. En droit strict, Merlin avait peut-être raison; les priviléges ne doivent pas être étendus. Mais la jurisprudence, il faut l'avouer, a pour elle la logique. Il est très-évident que le but qu'on se proposait n'aurait pas été atteint, si l'action civile eût été laissée aux citoyens contre les fonctionnaires. Dans les pays où les agents du pouvoir sont responsables vis-à-vis de tous, leur responsabilité se résout à peu près exclusivement dans des dommages-intérêts. L'action civile est la vraie garantie des droits individuels; c'est l'arme la plus prompte, la plus facile et la plus sûre.

1, *Répertoire de Jurisprudence*, v° Garantie des fonctionnaires publics.

L'instinct du pouvoir ne s'y est pas trompé, et il aurait cru n'avoir rien fait s'il ne s'était mis aussi en garde de ce côté.

Il n'y en a pas moins là une énorme et arbitraire extension du texte. Et une fois dans cette voie, on est allé aux plus extraordinaires conséquences. On est allé jusqu'à décider que l'autorisation préalable est exigée, non-seulement pour une demande en dommages-intérêts dirigée contre un fonctionnaire, mais même pour une action en revendication de propriété, quand elle est motivée par un acte administratif[1]. Ce n'est plus là, il faut le dire hautement, interpréter l'art. 75; c'est le fausser et le dénaturer. Ce n'est plus là en tirer des conséquences logiques, bien que lointaines ; c'est en faire sortir, à l'aide de subtilités, des conséquences que le principe même désavoue. Peut-on dire qu'il y ait là une *poursuite* intentée contre un agent du gouvernement? Ne méconnaît-on pas à plaisir la distinction élémentaire des actions *personnelles* et des actions *réelles?* Ce n'est pas un fonctionnaire que j'attaque, c'est ma propriété que je revendique; ce n'est pas un homme que je poursuis, c'est une chose que je réclame.

Il semble que ces principes ne soient pas contestables. Il n'y a eu qu'une voix parmi les juriscon-

1. Ainsi un arrêt du conseil d'État, du 21 août 1855, décide que l'autorisation est nécessaire dans le cas où un citoyen, se plaignant du trouble apporté à sa possession par un abus d'autorité, intente contre un maire *une action possessoire.*

sultes pour les rappeler ; mais en vain. C'est le propre des priviléges de tendre sans cesse à s'accroître, d'y employer la logique, et à défaut de la logique, le sophisme, jusqu'à ce que, d'excès en excès, le vice du principe éclate à tous les yeux, et amène par sa violence même une réaction. Nous sommes, on peut l'espérer, à la veille de ce jour, pour ce qui touche la garantie constitutionnelle.

CHAPITRE VII

Du principe de la garantie des fonctionnaires. — Motifs qu'on allègue pour la justifier.

En ce pays de France, si amoureux de l'égalité, qui a fait il y a quatre-vingts ans une révolution formidable, bien plus encore par passion pour l'égalité que par goût pour la liberté, il y a deux cent mille individus et plus, qui jouissent de cet étonnant privilége de n'être pas soumis, en matière de crime et de délits, à la loi commune; qui ne peuvent être poursuivis, ni par le ministère public au nom de la société, ni par les simples particuliers en leur propre et privé nom, pour les violations de la loi dont ils se sont rendus coupables, à moins que l'administration dont ils font partie, préalablement consultée et humblement requise, n'ait déclaré qu'elle n'a pas motif de s'opposer, et que tel est son bon plaisir.

Sur quoi se fonde un tel privilége?

S'il y a un principe fondamental dans nos sociétés modernes, c'est que la loi en général, et la loi pénale particulièrement oblige tout le monde. S'il y a un ordre de faits et d'idées où l'égalité soit de droit

absolu et s'impose à toutes les consciences, c'est lorsqu'il s'agit de justice distributive, de pénalité, de responsabilité criminelle ou civile. En cette matière plus qu'en toute autre, les distinctions de personnes sont blessantes, les priviléges odieux. Nos lois n'ont fait à ce grand principe de l'égalité de tous devant la loi, que de rares exceptions, et pour des cas très-particuliers ; elles n'ont suspendu l'action publique ou l'action civile, elles n'ont mis à leur exercice des réserves et des restrictions que pour des délits d'une nature privée, ou dans des circonstances très-exceptionnelles et très-sévèrement déterminées.

Ici c'est un privilége qui couvre, non pas certaines personnes spécialement désignées, mais tous les agents du pouvoir exécutif ; qui suspend l'exercice, non pas d'un article de loi ou d'une loi particulière, mais de toutes les lois pénales et même de la loi civile, en ce qui touche la responsabilité ; qui s'applique, non pas à une nature de faits, à certains crimes ou délits, mais à tous les crimes et les délits possibles, à toutes les violations possibles de la loi criminelle, civile ou politique. Quelles puissantes raisons d'intérêt public, de sécurité, de nécessité sociale n'a-t-il pas fallu pour justifier une pareille dérogation au droit commun? Considérez, en outre, qu'il s'agit des agents du pouvoir exécutif, c'est-à-dire des fonctionnaires qui, dans l'État, ont pour mission spéciale d'*exécuter* les lois et de les faire *exécuter ;* et qu'au premier abord il semble qu'il y ait là pour eux, non pas un motif de dispense et d'exception, mais tout au contraire,

une juste raison de sévérité plus grande et de responsabilité plus rigoureuse. Car, qui donc est plus tenu de respecter la loi que ceux qui sont chargés d'en imposer le respect aux autres? Qui donc doit être plus strictement ramené au devoir, plus promptement et plus sévèrement puni, que celui qui, ayant le pouvoir en main pour maintenir la justice et l'ordre, ne s'en est servi que pour troubler l'ordre et violer la justice? Comment donc se fait-il que ce soit justement pour ceux-là qui ont le pouvoir, qu'on ait institué la protection? que ce soit à ceux-là qui ont le devoir le plus strict, qu'on accorde le privilége? Enfin, que ceux-là, qui devraient être plus responsables que tous, échappent précisément à la responsabilité qui pèse sur tous?

Je veux examiner brièvement les raisons qu'on en donne. Je n'ai pas besoin de dire que c'est au point de vue du droit pur que je me place pour faire cette étude: j'écarte les questions de personnes. Notre administration française a, dans le monde entier, une réputation d'honnêteté, de probité qu'elle mérite. Elle a des traditions sévères d'honneur, d'exactitude, de légalité; elle les fait rigoureusement respecter par ses agents. Je sais tous cela, et je me plais à le redire. Mais c'est l'institution que je juge, que je veux apprécier au point de vue des principes. Ce sont de mauvaises institutions que celles qui comptent trop sur la vertu des hommes. Les institutions et les lois sont faites précisément pour soutenir leur faiblesse et contenir leurs passions.

La première raison, la raison qu'on allègue d'ordinaire, c'est l'indépendance de l'administration. On invoque ici encore le fameux principe de la séparation des pouvoirs. — « Il ne se peut pas que l'administration soit subordonnée à l'autorité judiciaire. Si les tribunaux pouvaient citer devant eux et condamner les agents du pouvoir administratif, celui-ci serait exposé de leur part à une surveillance et une tyrannie insupportables. Les attributions de l'autorité administrative seraient bien vite envahies, paralysées par l'autorité judiciaire ; les pouvoirs qui doivent être séparés, seraient confondus. »

Commençons par montrer que l'indépendance de l'administration est ici hors de cause. Nul ne songe à y porter atteinte ; tout le monde est d'accord pour proclamer qu'elle doit être entière. Le principe de la séparation des pouvoirs exige qu'elle le soit : il exige cela, mais il n'exige que cela. Ne lui fait-on pas dire ici plus qu'il ne dit en réalité ? N'en tire-t-on pas des conséquences qu'il ne renferme point, et qui ne vont à rien moins qu'à le détruire ?

Il y a ici une équivoque, ou plutôt un sophisme. On affecte de confondre deux choses très-différentes, — ce qui n'est que mauvaise administration et ce qui est violation de la loi ; — l'erreur dans l'usage du pouvoir, et l'abus, l'excès de pouvoir, qui constitue un crime, un délit ou une faute grave. Le premier fait est de nature tout administrative, et doit rester sous la juridiction administrative ; le second est du droit commun, et doit appar-

tenir à l'autorité judiciaire, soit criminelle soit civile[1].

Cette distinction si essentielle, c'est celle que nous avons déjà eu l'occasion de faire plus haut, en parlant de la juridiction gracieuse et de la juridiction contentieuse.

Si je me plains de l'usage indiscret, inconsidéré, ou même vexatoire, qu'un administrateur a fait de son pouvoir, il est clair que c'est seulement à ses chefs hiérarchiques que je puis et dois adresser ma réclamation. Car il peut y avoir erreur ou mauvais usage du droit, mais le droit n'est pas contesté. L'acte peut être critiquable, mais il est légal; il est accompli dans les limites où le pouvoir administratif se meut. L'agent a pu manquer moralement à ses devoirs, obéir à la passion, à des mobiles honteux :

1. « Un préfet ou un maire prend un arrêté de police dont « j'ai à souffrir comme propriétaire ou comme habitant ; je « puis me plaindre à l'autorité supérieure, mais non à la jus- « tice ; car, bon ou mauvais, cet arrêté est légal. Mais un « préfet me fait arrêter sans mandat judiciaire; un maire « juge à propos de faire arracher les affiches qu'un candidat « pose dans la commune; ou il menace de faire jeter en « prison un distributeur de bulletins électoraux, parce que le « nom inscrit sur ces bulletins n'a pas l'heur de lui plaire. « — Qu'est-ce que cela, sinon de la violence; un fait que « non-seulement la loi n'excuse point, mais qu'elle con- « damne? Si un particulier se rendait coupable d'un pareil « acte, on le poursuivrait sans doute : en quoi un fonction- « naire, qui agit en dehors des lois, est-il plus respectable « qu'un particulier? Pourquoi donc en pareil cas la justice « n'est-elle pas compétente, et pourquoi faut-il demander à « l'administration si ces excès sont ou non de son goût? » Édouard Laboulaye, *le Parti libéral et son avenir*, § XVI.

j'en appellerai de l'inférieur au supérieur, de l'administration induite en erreur à l'administration mieux informée. Jamais il n'est entré dans l'esprit de personne qu'une telle réclamation pût être portée devant les tribunaux. C'est bien alors qu'il y aurait violation du principe de la séparation des pouvoirs, que l'indépendance de l'administration serait atteinte, que le pouvoir judiciaire envahirait un domaine qui n'est pas le sien. Cela est inadmissible. Ici, l'administration est souveraine; elle est chez elle, elle agit sous sa propre responsabilité; elle n'a pour contrôle et pour frein que l'opinion, la presse et l'intervention des grands pouvoirs de l'État, chacun dans sa sphère.

Mais quand il y a eu violation d'une loi, quand il y a eu excès de pouvoir, illégalité flagrante, délit de droit commun; c'est alors que se pose la question: pourquoi les agents du gouvernement ne peuvent-ils pas être poursuivis? En quoi l'indépendance de l'administration est-elle engagée? en quoi le principe de la séparation des pouvoirs est-il compromis? Autant il était raisonnable et logique de l'invoquer tout à l'heure, autant son application dans ce second cas paraît singulière et arbitraire; car ici ce n'est plus affaire administrative, c'est affaire judiciaire; l'administrateur coupable n'est plus sur son terrain, il est sur le terrain du droit commun; et là il n'y a plus qu'un juge, qui est le juge de droit commun[1].

1. C'est par suite de cette confusion d'idées que vous entendrez faire cette réponse: que « les membres des corps

L'Assemblée constituante, il est vrai, a entendu en ce sens et appliqué de cette façon le principe de la séparation des pouvoirs. L'Assemblée constituante s'est trompée. Dans sa défiance excessive des corps judiciaires, elle a passé le but: par crainte de subordonner l'administration à la justice, elle a subordonné la justice à l'administration.

N'est-ce pas en effet subordonner la justice au pouvoir administratif, que de décider qu'aucune poursuite ne sera dirigée contre un administrateur, si ce n'est par la volonté de l'administration elle-même? N'est-ce pas là en fait, rendre l'administration maîtresse, en ce qui touche ses agents, de l'action judiciaire?

Sous l'empire de ses préoccupations, l'Assemblée constituante a fait une chose plus grave peut-être qu'elle ne croyait. Pour empêcher les tribunaux d'empiéter sur l'administration, elle a effectivement fait empiéter l'administration sur le domaine judiciaire ; elle a conféré à l'administration de véritables attributions judiciaires, car elle a mis entre ses mains l'action publique pour tout ce qui concerne les agents qui dépendent d'elle. En cela, n'est il pas

constitués n'agissent pas en vertu de leur détermination propre et personnelle, mais en vertu de la fonction ou du mandat public dont ils sont revêtus. » — Cela est vrai pour les actes d'administration, même erronés ou excessifs; cela est faux pour les faits qui constituent des violations de la loi. Ici le fonctionnaire n'agit plus en vertu de son mandat, mais contre son mandat même, qui est avant tout l'exécution et le respect de la loi. — Toujours le même sophisme.

clair qu'elle a violé le principe de la séparation des pouvoirs? et qu'au moment même où elle l'invoquait contre le pouvoir judiciaire, elle le méconnaissait, elle y dérogeait au profit du pouvoir administratif.

Cette voie dans laquelle elle faisait malheureusement entrer le régime nouveau, la Constitution de l'an VIII y a marché après elle. Par d'autres dispositions, elle a obtenu le même résultat. En exigeant l'autorisation préalable de l'administration, elle a fait toujours de l'administration l'arbitre suprême de la poursuite, c'est-à-dire qu'en fait elle lui a déféré en cette matière le pouvoir judiciaire. Car celui-là n'est-il pas le vrai dispensateur de la justice, qui tient dans ses mains la permission ou la prohibition de poursuivre, qui ouvre ou ferme à son gré le prétoire du juge?

Qu'on ne vienne donc pas invoquer ici le principe de la séparation des pouvoirs. A tort ou à raison, l'Assemblée constituante d'abord, la Constitution de l'an VIII plus tard, en établissant dans des conditions diverses la garantie des fonctionnaires, ont évidemment et ouvertement dérogé à ce grand principe. Qu'on essaye de justifier cette dérogation, cette exception énorme : je le veux bien ; mais qu'on ne la nie pas, car elle crève les yeux, elle est éclatante comme la lumière ; il faut être aveugle pour ne pas la voir, ou plutôt il faut s'aveugler soi-même avec de vieux sophismes. — C'est nous, adversaires de la garantie constitutionnelle, qui invoquons la séparation des pouvoirs et qui nous plaignons qu'on les ait

confondus; c'est nous qui rappelons les grandes maximes de Montesquieu sur le danger de confier des attributions judiciaires au pouvoir exécutif; c'est nous qui opposons à l'Assemblée constituante elle-même sa propre Déclaration des droits, et qui, au nom de ces principes salutaires, demandons que l'administration ne sorte plus de sa sphère et ne mette plus le pied dans celle de la justice.

— « Mais, dit-on, si cette séparation absolue paraît raisonnable en théorie, elle aurait de graves inconvénients dans l'application et amènerait en fait la subordination de l'administration aux tribunaux. Sous prétexte d'enquête sur les faits qui leur seraient dénoncés, les tribunaux auraient droit de surveillance et de contrôle sur les actes de l'administration. Le délit n'étant souvent qu'un mode d'exercice, un abus de la fonction, la fonction elle-même se trouvera indirectement mais nécessairement soumise à l'appréciation du magistrat. Toutes les fois qu'un agent est inculpé, on peut dire que l'administration entière se trouve compromise et intéressée dans la poursuite. »

Si on veut bien ne pas perdre de vue ce qui vient d'être dit; si on se rappelle qu'il s'agit ici, non point des actes qui peuvent constituer un mauvais usage du pouvoir, mais seulement de ceux qui constituent une violation de la loi, une illégalité ou un délit, on verra qu'il y a dans cette objection une exagération singulière, et que ceux qui la font déplacent toujours la question. Le fantôme des parlements offusque

toujours leur imagination; ils voient sans cesse les magistrats intervenant à coups d'arrêts dans les affaires de l'État, citant devant eux les Intendants pour leur enjoindre ou leur interdire certaines mesures de gouvernement, et portant, par leurs investigations indiscrètes et leurs ingérences téméraires, le désordre dans la marche de l'administration.

Tout cela, grâce à Dieu, est loin de nous. De quoi s'agit-il? Un délit, un acte arbitraire est imputé à un fonctionnaire. La justice intervient. Qu'a-t-elle à faire? Elle a à constater le fait, à en établir les circonstances, à en recueillir les preuves, à le qualifier et à lui appliquer la peine déterminée par la loi. Il n'y a là aucune surveillance sur la marche de l'administration, aucune immixtion dans ses secrets, aucun contrôle sur ses actes ou ses procédés: il y a une information judiciaire sur un acte particulier de l'un de ses agents, acte qu'on incrimine comme contraire aux lois, aux règlements, aux procédés légitimes de l'administration elle-même. Cet agent a-t-il, oui ou non, violé la loi? A-t-il, par exemple, diffamé ou calomnié un citoyen? a-t-il prêté son ministère à une arrestation arbitraire? a-t-il commis une concussion, violé le secret des lettres, levé une taxe illégale? Voilà toute la question: c'est une question de fait. En quoi le pouvoir judiciaire, informant sur cette question de fait, empiétera-t-il sur le domaine administratif? En quoi peut-il subordonner à lui l'administration?

Constater si une loi a été violée, si un délit ordi-

naire a été commis, cela ne touche point du tout à l'administration ; cela touche essentiellement et uniquement à la justice. Pour émaner d'un fonctionnaire, l'acte ne change pas de nature ni l'information de caractère. Il ne s'agit là ni des arcanes de l'administration, ni de ses règles de conduite générales, ni de ses instructions particulières : tout cela est étranger à l'affaire. Il ne s'agit que du droit commun, du Code pénal, des lois d'ordre public et de police qui obligent tout le monde. Sur ce terrain, l'administration n'a pas et ne peut pas avoir des règles à elle, des procédés ou un esprit à elle ; elle est là soumise à la loi commune ; ses agents ne sont devant cette loi rien de plus que les autres citoyens. Et, comme on l'a déjà dit, s'ils ont quelque chose de plus, c'est un devoir plus strict et une responsabilité plus sévère.

On répète sans cesse que juger la légalité d'un acte administratif, c'est juger l'administration. Eh ! pas le moins du monde : c'est statuer sur une question judiciaire. — Savoir si un fonctionnaire a commis ou non un excès de pouvoir, s'il a respecté ou violé la loi, qu'est-ce que cela, sinon appliquer la loi et maintenir sa stricte exécution ? Qu'est-ce que cela, sinon l'office particulier du juge ? Si l'acte incriminé est conforme à la loi, fût-il mauvais en soi, fâcheux pour l'intérêt privé, dangereux pour l'intérêt général, le juge n'a rien à y voir : ceci ne le regarde plus ; l'administration est chez elle, et, chez elle, elle est souveraine maîtresse. — Mais si l'acte

est illégal, il a beau se qualifier d'administratif, il doit, comme tout ce qui est illégal, subir le contrôle du pouvoir qui est chargé de maintenir la légalité. En sortant de la loi, il sort du domaine administratif pour tomber dans le domaine judiciaire.

C'est donc un pur abus de langage que de vouloir faire considérer l'enquête judiciaire sur un fait déterminé et sur un individu particulier, comme un contrôle des tribunaux sur l'administration. Il n'est pas vrai que toute l'administration soit *intéressée* et engagée dans une telle information. Elle ne pourrait y être intéressée que si elle était, à quelque degré, complice du fait, de l'acte illégal ou arbitraire ; que si elle avait donné des ordres ou des instructions pour le commettre. En ce cas, la responsabilité se déplacerait, et remonterait, en tout ou en partie, au supérieur. Mais si l'acte est spontané et personnel à celui qui l'a fait, en quoi l'administration y est-elle compromise ? N'est-elle pas intéressée plutôt, sa considération n'est-elle pas engagée à ce qu'un acte illégal ou honteux soit puni et que la responsabilité morale n'en rejaillisse pas sur elle ?

Quand on regarde au fond de cette objection, on y aperçoit, sous le voile ordinaire d'intérêt public, beaucoup de petits préjugés et de petites passions : une défiance de la magistrature que rien ne justifie plus aujourd'hui ; cette jalousie instinctive qui anime tous les grands corps et qui les rend impatients de toute gêne ; cette partialité qu'ils montrent pour leurs agents, même indignes ; cette répugnance à les

livrer, même coupables, à la justice, et cette espèce d'amour-propre ou d'esprit de corps mal entendu qui les pousse à dissimuler les méfaits commis par leurs membres par peur d'un scandale qui leur déplaît.

Voici quelque chose de plus sérieux.

— On avoue qu'il y a là un privilége, une dérogation aux principes. Mais c'est, dit-on, une protection nécessaire; c'est un *bouclier* dont il fallait couvrir l'administration. « On a reconnu de tout temps, ajoute-t-on, la nécessité de protéger certains fonctionnaires, particulièrement les membres des grands corps de l'État, contre des poursuites passionnées ou téméraires. Ainsi les députés ne peuvent, pendant toute la durée de la session, être poursuivis, sauf le cas de flagrant délit, sans l'autorisation du Corps législatif. Les membres des corps judiciaires ont une juridiction privilégiée ; ils ne peuvent être pris à partie qu'après autorisation du tribunal qui doit connaître de la plainte[1]. Au criminel, même pour faits de la vie privée commis *hors de leurs fonctions*, ils ne peuvent être poursuivis qu'après examen préalable du ministre ou de la Cour de cassation, et devant la juridiction supérieure à celle à laquelle ils appartiennent[2]. — Comment, ajoute-t-on, n'accorderait-on pas aux administrateurs une protection analogue? Ils en ont plus besoin encore que les magistrats, qui

1. Code de procédure, art. 510.
2. Code d'instruction criminelle, art. 479 et suiv.

sont déjà protégés par leur inamovibilité. Leurs fonctions qui les mettent en contact avec de nombreux intérêts les exposent par là même à beaucoup de ressentiments. Les laisser sans défense, ce serait les livrer en proie aux animosités, aux petites passions locales dont on sait l'âpreté et la ténacité. En butte à des procès, à des dénonciations sans fin, traînés à tout propos devant les tribunaux par la mauvaise foi, la vengeance ou la haine, ils seront ou continuellement troublés dans l'exercice de leurs fonctions, ou intimidés dans l'accomplissement de leurs devoirs, ou dégoûtés et découragés par d'incessantes tracasseries. Ce dernier inconvénient se produira surtout dans les fonctions gratuites. On a déjà de la peine à trouver des maires dans beaucoup de communes; on n'en trouvera plus, quand ils seront exposés à être tous les jours, au caprice du premier venu, traduits devant les tribunaux. »

Je crois n'avoir pas affaibli l'objection. Je n'en conteste pas d'ailleurs la force; seulement je crois qu'on l'exagère beaucoup, et en tout cas, s'il y a là un danger à prévoir, l'art. 75 passe le but.

D'abord, les analogies qu'on invoque sont lointaines et ne prouvent pas tout ce qu'on prétend prouver.

Les députés, investis du plus haut mandat, du pouvoir législatif, sont, il est vrai, protégés par une garantie spéciale. Mais, remarquez-le, cette garantie n'est que temporaire; elle ne dure que ce que dure la session. La session close, le député peut être pour-

suivi comme un simple citoyen. C'est la fonction qu'on a entendu protéger, et non le fonctionnaire. On a voulu empêcher que, dans un intérêt de parti et à l'aide d'une dénonciation, un député pût être enlevé à son mandat. Mais ce mandat rempli, la justice reprend son cours ; tandis que l'agent du gouvernement reste couvert par la garantie de l'art. 75, alors même qu'il a cessé ses fonctions soit par démission, soit par destitution ; et, s'il est décédé, ses héritiers même demeurent à l'abri de l'action en dommages-intérêts [1]. Ajoutez que la protection légale qui abrite le député cesse en cas de flagrant délit; celle qui couvre le fonctionnaire ne cesse pas même dans ce cas, et sa mise en jugement ne peut, même dans cette circonstance, avoir lieu sans autorisation du conseil d'État. Enfin l'inviolabilité du député n'ayant trait qu'à sa personne et à sa liberté individuelle, l'action civile reste toujours ouverte contre lui ; tandis que le fonctionnaire est protégé au civil comme au criminel.

Le privilége des agents du gouvernement est donc, et de beaucoup, plus étendu que celui des députés. Le député n'est inviolable qu'au point de vue strict de son mandat, pour la durée de son mandat. La protection exceptionnelle dont il jouit a été resserrée dans les plus étroites limites. Et pourtant le député

1. La jurisprudence avait hésité d'abord sur ce point ; mais elle est depuis longtemps fixée, ainsi que la doctrine, dans le sens que j'indique. Voy. Mangin, n° 257. — Dufour, t. VII, § 442. — Faustin Hélie, III, p. 414.

n'est revêtu d'aucune autorité active dont il puisse abuser pour molester ou opprimer les citoyens. Son pouvoir s'exerce uniquement dans la sphère élevée où s'élaborent les lois ; il n'a entre les mains aucune puissance effective contre les excès de laquelle il y ait à protéger la liberté individuelle.

En ce qui touche les magistrats, il faut faire une remarque semblable. On compare des situations et des fonctions qui n'ont aucune analogie. — Le magistrat, bien qu'il reçoive l'investiture du pouvoir exécutif, n'est en aucune façon son agent. Il exerce un pouvoir indépendant et d'une nature spéciale. Il n'a aucune part à l'action gouvernementale ; il n'en reçoit pas l'impulsion, et n'en connaît pas les entraînements. Attaché à son siége et n'en pouvant descendre, dénué de toute initiative, n'intervenant jamais que lorsqu'il est provoqué, et seulement pour des cas et des intérêts particuliers, il n'a ni le moyen ni l'occasion d'exercer des entreprises menaçantes contre la liberté des citoyens. Précisément parce qu'il est inamovible et indépendant du pouvoir exécutif, on a moins à redouter qu'il abuse de son autorité dans l'intérêt et sous la pression du pouvoir. C'est même cette situation particulière qui fait que, bien loin de voir dans le pouvoir judiciaire une menace pour la liberté civile, on y voit généralement sa principale sauvegarde, le protecteur-né du droit individuel[1].

1. On voit assez que je ne parle ici que des magistrats

C'est aussi cette situation qui a permis, qui a conseillé même d'instituer pour la magistrature des formes et des conditions spéciales de poursuite et de jugement. De ces conditions, quelques-unes étaient obligées, et par exemple ce qu'on affecte d'appeler le privilége de juridiction. Il n'y a point là de privilége. Par qui ferait-on juger les magistrats, sinon par d'autres magistrats? On les défère seulement à la juridiction supérieure : il n'y a là rien que de très-simple, de très-raisonnable ; et il eût été difficile de faire autrement. J'ajoute que cela même n'est vrai que des délits, puisque les crimes sont toujours portés devant le jury, et que la magistrature n'a, dans ce cas, comme toujours, à statuer que sur le renvoi.

Le vrai privilége, ce n'est pas en cela qu'il consiste : c'est dans l'examen préalable qui est confié, selon les cas, soit au procureur général, soit au ministre, soit à la Cour de cassation. Il est incontestable que la pensée qui a inspiré ces dispositions, d'abord

inamovibles, que des juges, qui sont les magistrats par excellence. Les officiers du ministère public, auxquels on donne aussi dans l'usage, par extension, le titre de magistrats, ne sont à certains égards que des *agents du gouvernement*, essentiellement dépendants de lui, révocables à son gré ; c'est de lui qu'ils reçoivent l'impulsion, c'est à sa direction qu'ils obéissent : aussi les appelait-on autrefois les *gens du roi*. Tout ce qui se dit des agents ordinaires du gouvernement peut donc, à peu près, se dire d'eux. On ne voit pas pourquoi un procureur impérial ne serait pas aussi bien responsable d'une arrestation arbitraire qu'un préfet.

au législateur de l'an VIII, puis à celui de 1808, a été une pensée de protection : on a voulu mettre à couvert la considération de la magistrature, ne pas laisser la dignité de l'institution exposée aux poursuites irréfléchies des particuliers ou des officiers de police inférieurs. Cette pensée est juste dans une certaine mesure, le respect de la magistrature touche de près au respect de la justice et de la loi.

Je ne veux pas dire pour cela qu'on n'ait point passé la mesure ; je crois au contraire qu'il y a excès, et que la protection, justifiable en principe, a été poussée trop loin. En cette matière, comme en matière administrative, le Consulat et l'Empire se modelèrent trop fidèlement sur l'ancien régime. Ainsi, j'ai déjà fait remarquer, qu'au point de vue des principes, les membres du ministère public, agents révocables, officiers subordonnés du pouvoir exécutif, ne devraient pas être mis sur la même ligne, ni couverts de la même protection que les magistrats qui jugent. — On peut critiquer aussi la disposition qui rend le procureur général ou le ministre seul appréciateur et seul maître de la poursuite. Pourquoi ne pas donner, dans tous les cas, cette mission soit à la cour d'appel, soit à la Cour de cassation[1] ? — Enfin on peut trouver que la prise à partie, seule voie civile ouverte contre les juges, a été renfermée par la loi dans des limites

1. Même observation peut être faite sur le décret du 20 avril

trop étroites : elle ne l'autorise que pour dol, fraude ou concussion et dans quelques cas spéciaux. La jurisprudence, après quelque hésitation, a conclu de là que les juges ne peuvent être pris à partie *même pour faute grossière*, *même pour ignorance de la loi*, s'il n'y a ni dol ni fraude. Pourquoi cette rigueur? Pourquoi soustraire le magistrat à l'application de ce grand principe d'équité écrit dans nos lois, que quiconque a causé par sa faute un préjudice à autrui est obligé de le réparer?

Ce sont là des questions de détail. Mais sur la question de principe, et si on y réfléchit de bonne foi, on verra qu'il y a, entre la situation des magistrats et celle des agents du gouvernement, au point de vue de la poursuite, un abîme. On sentira dès lors combien est dérisoire le raisonnement qui consiste à dire : « Si les magistrats, qui sont inamovibles, sont protegés, à plus forte raison les administrateurs, qui sont révocables, ont-ils droit à une semblable protection. » — Eh! c'est justement parce que les administrateurs ne sont pas inamovibles, parce qu'ils dépendent du gouvernement, parce qu'ils sont ses agents directs et ses instruments dociles, trop do-

1810 (art. 10), qui subordonne aussi au bon plaisir du procureur général les poursuites correctionnelles contre les grands officiers de la Légion d'honneur, généraux de division et de départements, préfets, évêques, etc. Seulement, il semble que l'action civile reste ouverte contre ceux de ces hauts fonctionnaires que ne protége pas l'art. 75 de la Constitution de l'an VIII.

ciles, qu'ils peuvent mettre en péril la liberté. Ayant tout à craindre comme à espérer de lui, impuissants à lui résister, ils sont enclins à se faire les serviteurs complaisants de toutes ses volontés, de tous ses caprices; d'autant plus complaisants qu'ils savent que sa protection les couvrira contre toute réclamation. Comment songeraient-ils à résister même à un ordre illégal, arbitraire, inique? S'ils résistent, ils seront brisés; s'ils obéissent, l'intérêt même du gouvernement les assure qu'ils ne seront pas livrés à la justice. Ils peuvent violer les lois de leur pays en toute sécurité ; il n'y a de péril pour eux qu'à les trop respecter.

Et si on ne veut pas supposer un ordre illégal donné par le pouvoir à ses agents, ne suffit-il pas d'avoir à craindre de leur part les entraînements du zèle, les calculs de l'ambition? Animés de toutes les passions qui animent le gouvernement lui-même, devoués à le servir, livrés à lui par l'intérêt, enclins naturellement à l'orgueil et à l'abus du pouvoir, n'est-il pas dangereux d'ajouter encore à toutes ces tendances le privilége d'une protection exceptionnelle? N'auraient-ils pas besoin au contraire d'être sans cesse contenus; d'avoir toujours en eux, comme un frein, le sentiment de la responsabilité?

Sans doute il ne faut pas que les membres de l'administration soient exposés à des procès sans fin, à des poursuites téméraires ou de mauvaise foi. C'est là le côté sérieux de l'objection. Mais, sans la négli-

ger complétement, je crois pouvoir dire qu'on s'en exagère la portée. Dans les pays où les fonctionnaires ne sont protégés par aucune garantie, où les poursuites sont libres, comme en Angleterre et aux États-Unis, on ne voit pas que cet inconvénient se produise, que le désordre soit jeté dans la marche de l'administration par des attaques sans nombre, ni que les administrateurs soient en butte à beaucoup de procès inspirés par la malveillance. Il y a de cela une raison toute simple. Un procès n'est pas une chose légère. Celui qui l'intente témérairement, ou calomnieusement, s'expose soit à une peine, soit à des dommages-intérêts, et la condamnation du plaideur de mauvaise foi à d'énormes dommages-intérêts est, en pareil cas, le remède naturel à l'abus qu'on pourrait craindre[1].

Une autre raison fait que les poursuites civiles sont très-rares, dans ces pays, contre les fonction-

1. « Je n'ai point observé qu'aux États-Unis on intentât « beaucoup de procès politiques, et je me l'explique sans « peine. Un procès est toujours, quelle que soit sa nature, « une entreprise difficile et coûteuse. Il est aisé d'accuser un « homme public dans les journaux, mais ce n'est pas sans « de graves motifs qu'on se décide à le citer devant la jus- « tice. Pour poursuivre judiciairement un fonctionnaire, il « faut donc avoir un juste motif de plainte; et les fonction- « naires ne fournissent guère de semblables motifs quand ils « craignent d'être poursuivis.

« Ceci ne tient pas à la forme républicaine qu'ont adoptée « les Américains, car la même expérience peut se faire tous « les jours en Angleterre. » Tocqueville, *De la Démocratie en Amérique*, t. I, chap. VI.

naires: c'est que la crainte même des poursuites tient les fonctionnaires sur leurs gardes. Par cela seul qu'ils sont responsables, ils se mettent rarement dans le cas d'encourir une responsabilité[1].

J'ajoute une observation. Il y a des fonctionnaires publics (il y en a bien peu, mais enfin il y en a) qui ne jouissent pas, en France, de la garantie édictée par l'art. 75 de la Constitution de l'an VIII. Tels sont les ministre des cultes, les maires agissant comme officiers de l'état civil et comme mandataires de la commune, les gendarmes, les sergents de ville; tels sont les employés des contributions indirectes[2]; et encore les receveurs et percepteurs qui auraient perçu des contributions non autorisées par la loi[3]. A-t-on vu que ces divers fonctionnaires soient l'objet de poursuites téméraires ou passionnées? A-t-on constaté que beaucoup de dénonciations injustes aient été portées contre eux, ou que beaucoup de procès civils leur aient été intentés?

Mais j'accorderai, si on veut, qu'il puisse y avoir quelque inconvénient à décréter la liberté absolue de

1. « En Angleterre et en Amérique, rien n'est plus rare « qu'une poursuite civile contre un magistrat. Le grand « avantage de la responsabilité, c'est de prévenir l'excès du « pouvoir, bien plutôt que de le punir. Tout homme qui se « sait responsable s'habitue à peser ses actions : c'est la loi « qui devient la seule règle de sa conduite; c'est avec la loi « seule qu'il apprend à compter. » Ed. Laboulaye, *le Parti libéral*, § XVI.

2. Loi du 8 octobre 1814, art. 144.

3. Loi du 17 juillet 1819, art. 34.

poursuites contre tous les fonctionnaires. Qu'en conclure? C'est qu'il y aurait peut-être quelques restrictions à poser, quelques précautions à prendre. Mais, de là au système de l'autorisation préalable, il y a loin. La règle, aujourd'hui, c'est l'interdiction de poursuivre, hormis le cas d'une permission spéciale, longue et difficile à obtenir. C'est le contraire qui devrait avoir lieu, ce semble; c'est le droit commun, c'est la libre poursuite qui devrait être la règle, sauf les restrictions que la prudence et certaines nécessités pourraient y faire apporter.

Dans tous les systèmes il peut se produire, il se produit des abus; les abus qu'on peut prévoir n'autorisent point à nier et à supprimer le droit. Qu'on proclame le droit: la justice le veut, l'égalité l'exige, la liberté civile ne peut s'en passer. On avisera ensuite aux précautions à prendre pour empêcher l'usage du droit de dégénérer en abus. La même difficulté se présente en toute matière. Est-ce que la liberté de la presse n'a pas ses inconvenients? On en abuse tous les jours, et pourtant on ne peut s'en passer. Le problème est de réprimer l'abus en consacrant l'usage.

Ici, même droit et même problème ; et ici, pas plus que pour la presse, la crainte des abus possibles n'est une raison suffisante de nier le principe et de paralyser le droit.

On s'alarme beaucoup de savoir si quelque agent trop zelé, si quelque maire, trop devoué aux volontés d'un préfet, ne sera pas exposé à des attaques un peu vives. Mais on ne s'inquiète pas de savoir si la

loi n'est pas souvent et impunément violée, sans que les citoyens lésés puissent obtenir justice; on ne se demande pas si de nombreux abus d'autorité, si mille vexations, mille procédés arbitraires, ne se commettent pas tous les jours sans que les victimes aient le moyen ou le courage d'en poursuivre la réparation, à grand'peine, à grands frais et sans grand espoir, devant cette haute, cette lointaine et inaccessible juridiction du conseil d'État.

C'est une chose étrange à quel point, en France, toutes les préoccupations sont pour le pouvoir, toutes les garanties pour les agents du pouvoir. Ils ont la force en mains, et c'est eux seuls qu'on songe à protéger; ils sont armés, et c'est à eux qu'on veut donner un bouclier; ils sont les puissants, et c'est pour eux seulement qu'on a des entrailles. Mais le simple citoyen le modeste particulier, que les fonctionnaires traitent souvent de Turc à Maure, nul n'en a souci; nul ne songe à lui assurer une protection, à garantir son droit, à faire en sorte au moins qu'il ait des juges quand sa personne, sa fortune ou sa liberté ont souffert. Petites choses que tout cela. Il n'y a qu'un intérêt: que l'État soit fort, qu'il soit tout puissant, que rien ne l'entrave, ni le gêne dans sa marche. Que s'il écrase en passant quelque chétive individualité, qu'importe? Il a à faire de si grandes choses !

J'ai examiné les principales raisons qu'on allègue pour justifier la garantie accordée aux agents du gouvernement par la Constitution de l'an VIII. Ai-je besoin maintenant de répondre à certaines consi-

dérations qui sont plutôt des lieux communs traditionnels que des raisons sérieuses.

Ainsi on se récrie sur le respect dû à l'autorité, qui tombera, dit-on, dans le mépris si le premier venu peut la traîner devant les tribunaux dans la personne d'un de ses agents. Le respect de l'autorité est une très-belle chose, et je suis loin de vouloir y porter atteinte. Mais il y a quelque chose de plus beau, c'est le respect de la loi par tout le monde, et surtout par ceux qui sont chargés de la faire exécuter; c'est le respect du droit des citoyens, et surtout par ceux à qui le pouvoir public a été remis dans l'intérêt de tous les citoyens.

La loi est faite pour tout le monde, et je ne vois pas en quoi c'est manquer de respect aux fonctionnaires de les rappeler, comme tout le monde, à l'observation de la loi. Je ne vois pas en quoi la considération du gouvernement est intéressée à l'impunité des actes illégaux ou criminels de ses agents, et ce qu'elle peut y gagner. En Angleterre, tous les fonctionnaires, depuis le plus humble commis jusqu'au premier ministre, peuvent être poursuivis en responsabilité civile par un simple citoyen, pour violation de la loi. Aucun d'eux ne s'en trouve ni humilié dans son amour-propre, ni amoindri dans sa considération. Bien loin de là, chacun s'honore de ne relever que de la loi et de la justice. Et quant à l'opinion, j'ai toujours ouï dire qu'en Angleterre on avait pour la loi et ses représentants beaucoup plus de respect qu'en France.

On dit encore que supprimer la garantie de l'autori-

sation, ce serait affaiblir le pouvoir central, détruire la hiérarchie, troubler le jeu de la machine administrative ; — que l'administration est une armée, où l'ordre parti d'en haut doit être exécuté en bas avec une obéissance passive ; que si le fonctionnaire inférieur est responsable, il raisonnera au lieu d'agir, et que l'action gouvernementale sera à chaque instant paralysée.

Demander que le pouvoir exécutif se renferme dans des limites exactes, ce n'est point l'affaiblir; demander que ses agents ne violent pas la loi, ce n'est point paralyser l'action gouvernementale. Dans le cercle de ses attributions, le pouvoir exécutif est souverain : lors même qu'il froisse certains intérêts, lui seul est juge, sous sa responsabilité politique, de ses actes et des réclamations qu'ils soulèvent. Là, ses agents sont en effet une armée; là, l'obéissance passive est un devoir, parce que tout doit suivre l'impulsion donnée au centre. — Mais un membre de l'administration a violé une loi, ou donné l'ordre de la violer : en quoi (il faut toujours le répéter) l'indépendance de l'administration est-elle intéressée à ce qu'un tel acte reste impuni? En quoi la légitime puissance du gouvernement est-elle atteinte, son action paralysée, parce qu'il sera déclaré que tout fonctionnaire qui violera la loi sera responsable de cette violation? — Que le pouvoir soit fort, on ne demande pas mieux; que son action soit prompte et efficace, nul ne songe à l'empêcher ; mais que cette action se renferme strictement dans le cercle légal, voilà ce que tout le monde a le droit d'exiger, et ce que le

contrôle de la justice peut seul assurer. — Le fonctionnaire raisonnera? dit-on. — Je n'y vois pas grand mal, si son raisonnement consiste seulement (et il ne s'agit que de cela) à se dire que la loi ne doit pas être violée; à se refuser à tout acte illégal, arbitraire, inique. Un fonctionnaire n'est pas une machine, un instrument inintelligent et inerte ; et il n'y a qu'un abominable despotisme qui puisse exiger de ses agents l'obéissance aveugle et sans réserve, l'obéissance jusqu'à la violation des lois, jusqu'au crime. Si un ordre est manifestement criminel et illégal, il ne doit pas être exécuté; c'est là un principe reçu chez toutes les nations civilisées. S'il est légal en la forme, bien qu'arbitraire et injuste au fond, l'agent inférieur est hors de cause, et toute la responsabilité en remonte au supérieur qui a donné l'ordre. C'est la disposition même de nos lois [1].

Cette raison prise du respect de l'autorité, de la hiérarchie administrative, cette raison, la plus faible de toutes au point de vue des principes, pourrait bien être en réalité celle qui, chez nous, a le plus d'influence sur les esprits, et qui justifie le mieux, pour le grand nombre, l'inviolabilité accordée aux fonctionnaires. Cela tient à de certaines idées préconçues, à de certaines vues théoriques sur le rôle de l'État, qui ont généralement cours parmi nous, et que j'ai déjà signalées. L'importance du sujet m'oblige à m'y arrêter encore un instant.

1. Code pénal, art. 114

CHAPITRE VIII

Que le système de l'État administrateur universel engendre logiquement l'inviolabilité des fonctionnaires. — Projet de loi présenté en 1835 sur la responsabilité des agents du gouvernement.

En parlant de la justice administrative, j'ai montré que cette institution avait sa racine, et, pour ainsi dire, son principe générateur, dans une certaine conception de l'État, malheureusement trop répandue dans les esprits. On peut en dire autant de l'irresponsabilité des fonctionnaires.

Si on ne voit dans l'État, dans le gouvernement, qu'un office social, une sorte de magistrature suprême, chargée de gérer les intérêts généraux de la communauté, de pourvoir à la sécurité au dehors, à la police au dedans; ayant pour mission principale de protéger la liberté des citoyens, le droit de chacun, le libre développement des facultés et des aptitudes de chacun; si c'est ainsi qu'on comprend le rôle de l'État, on lui reconnaîtra au regard des individus peu de devoirs et par conséquent peu de droits. Vis-à-vis d'eux, en effet, son rôle n'étant guère qu'un rôle de protection, d'ordre public, il

n'a à intervenir que pour assurer l'exécution des lois et leur prêter main-forte; il n'a rien à demander aux particuliers, sauf le cas assez rare où l'intérêt général exige absolument le sacrifice de l'intérêt individuel. Il n'a point à se mêler non plus de la gestion de leurs intérêts privés; c'est affaire à chacun d'y veiller. N'ayant le pouvoir que pour maintenir la paix publique, il ne doit en user qu'avec réserve et discrétion. Cette force qui lui est confiée pour la sécurité de tous, il ne faut pas qu'elle tourne contre quelques-uns. L'ordre assuré, toutes ses obligations peuvent se résumer ainsi : le respect du droit des citoyens. Car c'est pour défendre, pour protéger ce droit, que le gouvernement a été fondé. S'il le blesse dans la personne d'un citoyen quelconque, il manque à son premier devoir, car il manque à ce qui est l'objet principal de sa mission, à ce pour quoi il a été constitué.

Dans ce système, et en partant de cette conception de l'État, on arrive à cette conséquence, que les dépositaires du pouvoir, étant toujours par nature enclins à en abuser, il est indispensable de ménager aux citoyens une protection contre les abus d'autorité possibles, un asile contre les violences, une sauvegarde contre l'arbitraire. Le premier de tous les intérêts sociaux, le plus urgent de tous les besoins, c'est que ceux qui ont en main la force publique pour défendre le droit et protéger la liberté individuelle, ne s'en servent pas pour les opprimer. L'exercice du pouvoir a ses tentations, ses entraînements, ses

excès : il y faut un frein. Ce frein, c'est la justice.

Quoi de plus naturel que de déférer à la justice les actes illégaux de fonctionnaires qui abusent de leur pouvoir pour léser les citoyens? Quoi de plus simple que d'exiger l'exécution stricte de la loi, de ceux qui sont les délégués de la loi et les serviteurs du public? — Car l'État, dans ce système, n'est point une puissance supérieure à laquelle on doive, en toutes choses, l'obéissance et le respect : l'État est le gérant des affaires communes, le mandataire de tous les citoyens; et c'est lui qui doit, plus que tous, l'exemple de l'obéissance aux lois, du respect pour le droit individuel. Les fonctionnaires ne sont point des potentats devant qui on doive s'incliner, des personnages privilégiés à qui nul n'ait le droit de demander compte de leurs faits et gestes : ce sont tout simplement les serviteurs de la société, investis pour le bien de la société d'un pouvoir qui émane d'elle, responsables sans cesse vis-à-vis d'elle du mandat qu'elle leur a confié, et pouvant être appelés, comme tous les autres citoyens, devant la justice du pays, pour rendre compte des excès de pouvoir qu'ils ont commis [1].

Mais si on entend faire de l'État le gérant de tous les intérêts, le tuteur de tous les individus, le promoteur de tous les progrès; si on veut que, outre les

1. « La société a le droit de demander compte à tout agent « public de son administration. » *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, Constitution de 1791, art. 15.

affaires générales du pays, il régisse toutes celles des départements et des communes, qu'il règle tout, pourvoie à tout, réponde de tout ; — alors il est clair que la situation change, et comme on demande beaucoup à l'État, il faut lui accorder beaucoup. Si ses devoirs sont immenses, il faut que ses droits et son pouvoir soient en proportion de ses devoirs. Si son activité doit tout embrasser, si sa responsabilité est presque sans limites, il faut que sa puissance et sa liberté d'action soient également illimitées. La grandeur de la tâche, l'importance des résultats à obtenir, la difficulté de les atteindre doivent faire fermer les yeux sur les irrégularités de détail, et laisser une certaine marge à l'arbitraire. Il faut sacrifier quelque chose à l'intérêt général. C'est comme une armée en marche : si elle s'arrêtait à ramasser tous les écloppés, à réparer tous les petits dommages qu'elle cause, elle n'arriverait pas à temps, et le succès de la campagne serait compromis.

Unité de pensée, célerité de mouvements, liberté absolue d'action, obéissance prompte et minutieuse des ordres partis du centre : voilà les conditions nécessaires d'un pareil système.

Une conséquence non moins nécessaire, c'est que rien ne puisse déranger le mouvement régulier de cette administration énergique ; c'est que la responsabilité ne soit qu'en haut, et que les innombrables agents du pouvoir central soient dans sa main des instruments toujours dociles, dépendants de lui seul, responsables envers lui seul. Il est clair, en effet,

que, s'ils avaient à supporter devant d'autres que leurs chefs une responsabilité personnelle quelconque, pour les faits relatifs à leurs fonctions, leur dévouement ne serait plus absolu ni leur obéissance aveugle.

Dans ce système, il ne peut y avoir de responsabilité pour les agents du pouvoir, que la responsabilité hiérarchique. L'administration couvre tout, prend tout à son compte, et, même quand ils ont forfait, n'entend pas qu'on touche à ses agents. Si, dans quelques cas exceptionnels, où le scandale de l'impunité aurait plus d'inconvénients que la poursuite, elle les abandonne aux mains de la justice, elle seule sera juge de la convenance de cette mesure; et son intérêt propre sera encore la seule règle de sa décision.

Car l'intérêt individuel, le droit individuel, sont ici chose de peu de considération; l'intérêt général, qui se confond avec celui de l'État, est tout. L'individu n'est qu'un atome dans l'infini social. N'y aurait-il pas folie, pour cet intérêt imperceptible, à compromettre la marche du gouvernement, à altérer le respect de l'autorité, à refroidir le zèle des fonctionnaires?

Il faut donc, pour que l'État ait toute sa force, que ses agents n'aient rien à craindre ni à espérer que de lui. Il faut que tout ce qui lui est subordonné, jusqu'au plus infime dépositaire de la plus mince portion d'autorité, soit inattaquable, inviolable, sacré.

L'administration ne peut avoir tort, — ou du moins elle seule peut déclarer qu'elle a eu tort. Sa

majesté serait offensée, son prestige serait détruit si un simple citoyen pouvait la traîner en la personne d'un de ses agents, comme un vulgaire plaideur, devant les tribunaux ordinaires. Il ne lui suffit pas même d'être inviolable, elle veut encore qu'on la tienne pour infaillible. Elle n'admet pas qu'un pouvoir quelconque, même la justice du pays, juge ses actes, même illégaux. Elle seule aura le droit de se juger elle-même, de se condamner ou de s'absoudre elle-même. Elle veut bien reconnaître la loi, mais à la condition de se l'appliquer elle-même, à sa convenance et à sa guise. Elle ne refuse pas absolument la correction, mais c'est elle-même qui veut se donner la discipline, comme elle l'entend, et seulement quand elle en a le goût.

Voilà où mène, par une déduction d'idées nécessaires, la théorie de l'État administrateur universel, de l'État-Providence. Ce sont là autant de conséquences qui sortent fatalement du principe. Qui veut la fin, veut les moyens.

Je n'ai pas besoin de répéter que cette théorie est celle qui fleurit en France. Cette conception de l'État, j'ai montré comment elle est née dans notre histoire; comment, incarnée dans la royauté, elle a grandi sans cesse, depuis deux siècles, absorbant, concentrant peu à peu tous les pouvoirs dans le pouvoir royal. Cela date surtout de Louis XIV. C'est un legs de l'ancien régime, legs recueilli par la Révolution.

L'ancien régime a disparu, mais la centralisation administrative est restée. On a coupé la tête à la

royauté de droit divin, mais l'administration, être anonyme, impersonnel, a survécu. Non-seulement elle a survécu, elle s'est étendue et fortifiée. Bien plus puissante que les rois, les républiques et les empires, car les rois tombent, les empires et les républiques s'écroulent, l'administration reste debout, immortelle, indestructible, incessamment grandissante. La bureaucratie est un pouvoir nouveau dans le monde, le plus redoutable de tous les pouvoirs, le plus invincible de tous les despotismes; car les souverains même le subissent, et leurs volontés souvent s'y brisent [1].

Comment cette institution de l'ancien régime a résisté à tant de révolutions; comment ses priviléges ont survécu à la destruction de tous les anciens priviléges : on l'a vu, et cela ne se comprend que trop bien.

L'art de gouverner et d'asservir les hommes n'a jamais rien inventé de plus ingénieux et de plus puissant que cette organisation administrative, telle que l'avait créée l'ancien régime, telle surtout que le Consulat l'a reconstituée et perfectionnée : immense et merveilleux réseau dont les mailles d'acier, tendues sur toute la surface du sol et fortement liées l'une à l'autre, formant un tissu impossible à briser, enlacent tous les intérêts, toutes les affaires, toutes les exis-

1. « Le czar peut envoyer en Sibérie qui il veut, mais il ne peut gouverner ni sans les bureaux ni contre eux. » J. S. Mill, *la Liberté*.

tences, depuis la plus humble jusqu'à la plus élevée, les saisissent d'une prise invincible, et les entraînent irrésistiblement dans le sens où il plaît au pouvoir central de les pousser. La main qui est à Paris et tient le bout du filet, mène toute la France.

Un tel instrument de gouvernement et de domination, si les partis se le disputent, ce n'est pas pour le détruire, c'est pour s'en servir. Quels que soient leur nom, leur drapeau, tous le trouvent à leur goût : les républicains et les démocrates ne pensent pas là-dessus autrement que les partisans de la monarchie et de l'absolutisme.

C'est que les uns et les autres comprennent le rôle de l'État de la même manière : c'est-à-dire comme le directeur et le régulateur universel[1]. C'est que les uns n'ont, au fond, pas plus de souci de la liberté que les autres. On réclame la liberté tant qu'on n'est pas le plus fort : le lendemain de la victoire, on la confisque à son profit. En réalité, ce qu'on ambitionne, c'est le pouvoir; le pouvoir avec sa puissante organisation, avec son formidable mé-

1. « Qu'on écoute attentivement la voix de nos différents partis... La plupart estiment que le gouvernement agit mal, mais tous pensent que le gouvernement doit sans cesse agir et mettre à tout la main. Ceux qui se font le plus rudement la guerre ne laissent point de s'accorder sur ce point. L'unité, l'ubiquité, l'omnipotence du pouvoir social, l'uniformité de ses règles, forment le trait saillant qui caractérise tous les systèmes politiques enfantés de nos jours. » Tocqueville, *De la Démocratie en Amérique*, quatrième partie, chap. II.

canisme, avec ses énormes prérogatives, avec ses monstrueux priviléges. On l'ambitionne pour écraser ses adversaires, pour bâillonner ses contradicteurs, pour faire prévaloir par la force ses idées politiques, sociales ou religieuses, pour pétrir en un mot et façonner la France à son gré.

Aussi chaque parti, en arrivant au pouvoir, a-t-il pour premier soin de faire fonctionner dans son intérêt cette grande machine, si bien montée, d'un jeu si régulier et si puissant, qui obéit si docilement à la main, quelle qu'elle soit, qui pèse sur le ressort central. Ce qu'on maudissait la veille, on s'en sert sans scrupule le lendemain; ce qu'on dénonçait comme contraire à tous les principes, on trouve toutes sortes de bonnes raisons pour l'excuser à présent et en ajourner la réforme.

Est-ce pur machiavélisme? Je ne le crois pas. Ces républicains eux-mêmes, ces démocrates qui suivent si volontiers les errements de la monarchie absolue, ils sont de bonne foi, la plupart; ils se croient de grands libéraux. Mais, je le répète, ils sont de l'école autoritaire; de cette école qui fait intervenir l'État en toutes choses, qui ne conçoit le progrès que par l'État, et qui, incarnant dans l'État la souveraineté populaire, a pour premier principe que le droit individuel doit être subordonné à l'intérêt public, à ce qu'ils appellent le *droit social*[1].

1. « Il y a un droit social supérieur au droit individuel... Il faut faire prédominer le droit social sur le droit indivi-

Pour eux, comme pour les absolutistes, l'organisation administrative est la partie la plus précieuse du gouvernement; et dans l'organisation administrative, la garantie constitutionnelle des fonctionnaires est la prérogative la plus importante. C'est le nerf de l'administration, c'est le palladium du pouvoir exécutif. Cette prérogative abolie, on sent bien que la prédominance de l'État est vaincue, que sa volonté cesse d'être souveraine, qu'il n'y a plus de souveraineté que celle de la loi, et que l'arbitraire fait place à la justice. On sent que le fonctionnaire cesse d'être un instrument aveugle et passif, docile jusqu'à l'abdication de sa conscience, pour devenir un agent intelligent et responsable, obéissant à la loi avant d'obéir à son chef, scrupuleux observateur de la légalité et sachant se refuser à un acte qui en serait la violation flagrante.

Voilà la grande raison qui fait que ce privilége de l'irresponsabilité des fonctionnaires, qui paraît si monstrueux, si incompréhensible aux étrangers, choque si peu d'esprits en France. Voilà ce qui fait qu'il a résisté à toutes nos révolutions, à tous nos changements de régime; comment, depuis quatre-vingts ans, pas un de nos gouvernements, même les plus honnêtes, les plus sincèrement attachés à la légalité, n'a eu le courage de l'abolir; comment ni

duel. » — Opinion de M. M*** (Marast?) dans la discussion de la Constitution de 1848, citée par M. Odilon Barrot, *De la Centralisation*, p. 240, 242.

les libéraux constitutionnels de 1830, ni les républicains de 1848 n'ont compris que c'était par cette réforme qu'il fallait commencer: car sans cela il n'y a point de liberté civile, et sans liberté civile un peuple, eût-il le suffrage universel, ne saurait se dire libre.

Il y a eu un gouvernement cependant, la justice veut qu'on ne l'oublie pas, qui, après avoir promis cette réforme, a fait un sincère et sérieux effort pour la réaliser : c'est le gouvernement de Juillet. Sous la Restauration, les vives réclamations de quelques jurisconsultes et publicistes avaient signalé le péril que faisait courir à la liberté l'art. 75 de la Constitution de l'an VIII. La charte de 1830, dans son art. 69, promit une loi à ce sujet. « Il sera pourvu « par des lois séparées, et dans le plus bref délai « possible, aux objets qui suivent : 1° ..... 2° La « responsabilité des ministres et des autres agents « du pouvoir... »

Toutes les promesses de cet article 69 (il énumérait neuf projets de lois différents) ont été accomplies, une seule exceptée : celle que je viens de rappeler. Néanmoins, je l'ai dit, le gouvernement voulut dégager sa parole, et cet effort seul lui fait honneur, car rien d'aussi libéral n'a été tenté depuis. En 1835, un projet de loi fut présenté aux Chambres, qui déterminait l'étendue et les conditions de la responsabilité des fonctionnaires. Discuté, adopté même par la Chambre des députés, ce projet n'aboutit pas.

Il n'en est pas moins intéressant de rechercher quels en étaient le principe et les dispositions fondamentales.

Le rapporteur, M. Sauzet, exposait ainsi la pensée de la loi.

« Le principe même de la responsabilité est in-
« contestable. Mandataires de la société pour le bien
« public, il ne faut pas que les dépositaires de l'au-
« torité puissent en abuser impunément pour l'in-
« justice et l'oppression... La considération des
« obstacles que rencontre aujourd'hui l'acceptation
« des fonctions publiques avait déterminé quelques
« esprits à demander le maintien de l'autorisation
« préalable du conseil d'État, comme condition de
« toute poursuite civile ou criminelle contre les
« fonctionnaires publics. Suivant eux, le conseil
« d'État, par la nature de ses fonctions, par la spé-
« cialité de ses connaissances, par sa situation même
« auprès du pouvoir, pourrait seul apprécier sage-
« ment des plaintes administratives, et par sa ferme
« protection rassurer les fonctionnaires contre le
« débordement des haines et des tracasseries pri-
« vées.

« Cette opinion ne pouvait pas prévaloir. *L'art.* 75
« *était regardé dès longtemps comme incompatible*
« *avec la vérité du gouvernement constitutionnel.*
« Les meilleurs esprits, les amis les plus sincères
« de nos libertés en demandaient la réformation,
« même sous la charte de 1814. Son maintien serait
« un véritable anachronisme aujourd'hui, depuis

« que la charte de 1830, en annonçant une loi sur « la responsabilité des agents du pouvoir, a promis « aux citoyens une garantie qui ne laissât plus leurs « plaintes à la discrétion du pouvoir...

Le rapporteur ajoutait, posant les vrais principes : « Sans doute, tant que les fonctionnaires se sont « renfermés dans le cercle de leurs attributions, « l'usage indiscret ou irréfléchi qu'ils en ont fait ne « saurait fonder contre eux une responsabilité. La « société les a faits magistrats, et les magistrats ne « sauraient être comptables de leurs erreurs.

« Mais quand ils ont évidemment dépassé les li- « mites de leur autorité, quand leurs actes ne sont « que des excès de pouvoir sans excuse, on ne « pourrait sans danger les couvrir de l'inviolabi- « lité....

« Le gouvernement l'a compris, et, au lieu de « couvrir les fonctionnaires d'une sorte d'inviolabi- « lité administrative, il a posé à leur égard les règles « de la responsabilité criminelle et de la respon- « sabilité civile, et il a attribué aux tribunaux le juge- « ment de l'une et de l'autre.

« La compétence judiciaire était forcée. *L'amovi- « bilité et le mode même d'organisation du con- « seil d'État ne permettaient pas de lui laisser en « cette matière la souveraineté discrétionnaire du « pouvoir*[1]. »

Le projet comprenait deux parties : il traitait

1. *Moniteur* du 6 mars 1835.

d'abord de la responsabilité des ministres, et en second lieu de celle des agents du pouvoir.

Les ministres étaient déclarés responsables pour fait de trahison, concussion et prévarication. Ils ne pouvaient être poursuivis que devant la Chambre des pairs, après autorisation de la Chambre des députés.

Quant aux agents du pouvoir, la poursuite pouvait avoir lieu contre eux en toute matière, au civil et au criminel. Mais on avait voulu leur assurer de nombreuses garanties « contre l'esprit envahisseur ou jaloux des corps judiciaires. » La plainte était portée devant la cour royale, qui, examen fait, déclarait s'il y avait lieu à suivre. Dans le cas de l'affirmative, les pièces étaient communiquées au ministre duquel relevait l'agent : si le ministre déclarait n'empêcher les poursuites, il était passé outre ; si le ministre déclarait que l'agent n'avait agi que par son ordre et revendiquait la responsabilité de l'acte, alors la poursuite était suspendue ; l'agent et le ministre ne pouvaient plus être traduits que devant la Chambre des pairs.

La responsabilité civile était soumise aux mêmes conditions. Comme dans le cas de la responsabilité criminelle, la cour royale était appelée à déclarer s'il y avait lieu à suivre ; le ministre pouvait revendiquer la responsabilité de l'acte qui avait donné lieu à la plainte. S'il ne la revendiquait pas, l'affaire suivait son cours devant les tribunaux.

Dans tous les cas, le plaignant était tenu de se porter partie civile. S'il succombait, il encourait une

amende de 100 à 1000 fr. Sans préjudice des dommages-intérêts qui pouvaient être prononcés contre lui. Lorsqu'il s'agissait d'un fonctionnaire gratuit, l'amende pouvait être portée à 2000 fr.

Certes, un pareil projet de loi ne mettait pas l'administration en péril. Il lui laissait bien des garanties. Il prenait bien des précautions pour la protéger contre les animosités personnelles, les rancunes, les tracasseries. Les agents du gouvernement trouvaient, comme les magistrats, au début même de la poursuite, l'intervention modératrice, l'examen scrupuleux d'une juridiction élevée et impartiale, de la cour d'appel.

Eh bien, on trouva que c'était trop peu, on trouva que le projet de loi livrait l'administration, compromettait sa dignité, sa force, son indépendance.

Il est curieux de voir, en lisant cette discussion au *Moniteur*, combien les vieilles idées, les vieux préjugés, les vieux sophismes pèsent encore sur les esprits les plus éminents; comment le principe de la séparation des pouvoirs est mal entendu et mal appliqué; à quel point les notions de droit individuel, de liberté civile sont confuses; et combien au contraire est vive, exclusive, absorbante l'idée de l'omnipotence du pouvoir.

Ainsi on entend M. Vivien prononcer sérieusement ces paroles: « Je ne crains pas de dire que, si une « protection est due à quelqu'un, c'est surtout aux « agents du gouvernement[1]. »

1. *Moniteur* du 25 mars 1835.

Un autre député ajoute naïvement : que beaucoup d'agents du gouvernement, de maires surtout, connaissent mal la loi; qu'ils ont besoin d'ailleurs d'user souvent d'un certain arbitraire, particulièrement en matière de police municipale; et que, dans l'intérêt de la bonne administration, il ne faut pas qu'ils soient trop gênés ni qu'on les oblige à une application trop scrupuleuse de la loi[1].

La grande objection, c'est toujours que l'examen des faits incriminés aura pour conséquence d'introduire la justice dans le domaine administratif, de soumettre l'administration au contrôle des magistrats, et par suite de subordonner le pouvoir exécutif au pouvoir judiciaire. — Je crois avoir montré combien cette objection est peu sérieuse, et sur quelle confusion elle repose. Ainsi que le rapporteur le faisait remarquer, il ne s'agit point ici des actes qui constituent seulement un mauvais usage ou un usage abusif, erroné, vexatoire même du pouvoir administratif; il s'agit uniquement des actes illégaux, des actes contraires à la loi: de telle sorte que la seule question à examiner pour le magistrat est de savoir si l'acte dénoncé constitue en effet une violation de la loi. Or cette question n'est point du domaine administratif; elle est purement du domaine judiciaire; et pour la résoudre, il n'est nullement besoin d'empiéter sur ce qui est propre à l'administration, ni de la soumettre à aucun contrôle;

1. *Moniteur* du 26 mars.

encore moins de la subordonner à un pouvoir étranger. Mais elle a ses limites, tracées par la loi; et si quelqu'un de ses agents s'oublie jusqu'à les franchir, il est tout simple que le pouvoir qui a pour mission essentielle de faire respecter la loi, je veux dire le pouvoir judiciaire, rappelle cet agent, comme tout autre citoyen, au respect de la loi violée.

Un autre argument, celui peut-être qui dans la discussion a eu le plus d'influence sur les esprits, c'est le danger d'exposer les fonctionnaires, surtout les fonctionnaires gratuits, comme les maires, aux inimitiés et aux attaques passionnées. — On répondait avec raison : qu'au criminel la poursuite est tout entière aux mains du ministère public, qui, agent lui-même du pouvoir exécutif, n'était point enclin à en abuser; — qu'en fait l'expérience prouve, pour les fonctionnaires qui ne sont pas abrités par la garantie de l'art. 75, que cette crainte de poursuites malveillantes est chimérique ou tout au moins singulièrement exagérée; enfin que le projet de loi avait pourvu largement à cet inconvénient, d'abord par un système d'amendes et de dommages-intérêts infligés au plaideur téméraire ou de mauvaise foi; ensuite et surtout par l'examen préalable de la cour royale, qui avait précisément pour objet de vérifier si la plainte était sérieuse, vraisemblable, digne d'être accueillie par la justice, et d'écarter au contraire dès le seuil celles qui se présenteraient avec des carac-

tères de légèreté, de témérité ou de passion vindicative.

Si le projet de loi pêchait de quelque côté, c'était plutôt par timidité et inconséquence que par excès de hardiesse.

J'ai dit, en effet, que, lorsque le ministre revendiquait la responsabilité de l'acte incriminé, la poursuite était suspendue; et, dans ce cas, aux termes du projet, il ne restait au ministère public ou au plaignant qu'une ressource : c'était de poursuivre à la fois l'auteur du fait et le ministre devant la Chambre des pairs, après autorisation préalable de la Chambre des députés. Cette disposition s'appliquait à la responsabilité civile aussi bien qu'à la responsabilité criminelle.

Il est évident que c'était là, pour les plaignants, une disposition absolument illusoire, et qu'on aboutissait en fait à un véritable déni de justice. Imagine-t-on un simple citoyen, victime d'un acte arbitraire, qui demande justice aux tribunaux, et qui, trouvant tout à coup devant lui un ministre, lequel prend fait et cause pour son agent, sera obligé, pour obtenir réparation, d'intenter un procès à ce ministre, devant la Chambre des députés d'abord, et ensuite devant la Chambre de pairs, constituée en haute cour de justice?

Cela n'était ni pratique, ni sérieux. Et M. Vivien avait raison, cette fois, quand il disait « qu'avec ce « projet, il y avait garantie pour les fonctionnaires « élevés, pour un préfet, pour un sous-préfet, qui

« aura fait un acte politique, parce que le ministère « prendra le fait pour lui; mais qu'il n'y en aurait « pas pour la multitude des petits fonctionnaires. »

« Ainsi, ajoutait-il non sans raison, on a fait le « contraire de ce qu'il fallait faire. Je déclare que, « dans mon opinion, s'il y avait quelques fonction- « naires qu'il ne fallût pas protéger, c'étaient les « préfets et les sous-préfets, parce qu'ils ont en eux- « mêmes, dans leur autorité, dans leur position, de « quoi se défendre. S'il y a des fonctionnaires qui « ont besoin d'être protégés, ce sont ceux d'un or- « dre inférieur. Le projet de loi fait tout le contraire. « Il protége les préfets, et ne protége pas les fonc- « tionnaires d'un ordre inférieur. C'est là ce que « je désapprouve[1]. »

La critique était forte et judicieuse. Jamais un ministre ne revendiquera l'acte d'un petit fonctionnaire en faute ; pour celui-là, la justice aura son cours. Si une certaine protection était due à quelques agents du pouvoir, il semble juste que ce fût à ceux qui, placés au bas de l'échelle, ne sont défendus par aucun prestige, et n'ont d'ailleurs pour excuse ni une haute position ni de grandes lumières[2].

Mais qu'un préfet commette un acte arbitraire : personnage important, représentant direct du pou-

1. *Moniteur* du 25 mars 1835.

2. C'est ainsi que l'entendent les Anglais. Les seuls fonctionnaires, pour lesquels la loi ait mis des restrictions à la règle générale de la responsabilité, sont les juges de paix et les constables. Voy. *infrà*, chap. x.

voir politique, il sera le plus souvent couvert par son ministre; et, s'il y a plainte, voilà la poursuite enrayée : car il est *dérisoire*, comme le disait M. Vivien, de renvoyer le plaignant à se pourvoir devant les Chambres. C'est là donner aux hauts fonctionnaires une garantie qui équivaut, pour la plupart des cas, à l'impunité. Et pourtant ces hauts fonctionnaires ont déjà, dans leur dignité, dans l'élévation de leur charge, une protection suffisante. A ce titre, ils ont moins besoin d'être défendus. Plus éclairés que les agents inférieurs, ils sont moins excusables quand ils violent la loi; et, à ce point de vue encore, ils méritent moins qu'on leur accorde un privilége. J'ajoute une dernière raison, que ne donnait pas M. Vivien, et qui me paraît grave : c'est que les actes arbitraires sont surtout à craindre en matière politique; c'est que les excès de pouvoir des préfets et sous-préfets, des hauts fonctionnaires en général, auront le plus souvent ce caractère. Qu'arrivera-t-il? C'est que, dans le cas même où le haut fonctionnaire aurait eu par excès de zèle l'initiative de l'acte arbitraire, neuf fois sur dix, son ministre en revendiquera la responsabilité [1] : c'est-à-dire que jamais, en matière politique, une poursuite n'aboutira; que, là où la violation de la loi sera plus criante et plus dangereuse, la plainte sera plus stérile et la justice plus désarmée.

1. On sait ce mot attribué à un ministre : « C'est surtout quand ils ont tort, que le gouvernement doit soutenir ses agents. »

C'était là un grand vice du projet de loi de 1835. Ce vice tenait aux idées confuses et fausses qu'on s'était faites touchant la responsabilité ministérielle.

Le gouvernement d'alors avait pour principe fondamental la responsabilité politique des ministres : principe excellent, principe sans lequel, il n'y a point, sous la monarchie, de gouvernement libre. Le contrôle incessant des Chambres, les interpellations libres et directes, le blâme infligé par un vote, le renversement d'un ministère dont la politique est en désaccord avec la volonté du parlement : voilà le vrai sens de ces mots *responsabilité ministérielle*. Responsabilité réelle, sérieuse, efficace, mais qui a un caractère et une portée exclusivement politiques, qui ne s'applique qu'aux actes du pouvoir gouvernemental, et qui n'a pour sanction que la perte de ce pouvoir lui même.

A cette responsabilité toute politique qui s'exerce par le jeu même des institutions parlementaires, on avait voulu ajouter des responsabilités judiciaires, l'une criminelle, l'autre civile.

Éditer contre des ministres une responsabilité criminelle, c'est faire une loi à peu près inapplicable. Ou bien le fait incriminé rentre dans le droit commun, et alors la loi est inutile; ou bien il constitue un acte de gouvernement, et alors la responsabilité politique est la seule qui doive être appliquée. Il n'y a pas, dans notre histoire contemporaine, d'exemple d'une responsabilité criminelle appliquée à un ministre pour fait politique. On a vu des pro-

cès de ce genre au lendemain d'une révolution, procès impossibles. Le vainqueur peut-il juger le vaincu? La victoire même n'a-t-elle pas désarmé le juge?

Il en est tout autrement de la responsabilité civile. Celle-là est à la fois très-facilement applicable et très-efficace; elle est, à côté de la responsabilité politique, la seule applicable et la seule efficace. Lorsqu'un ministre, en dehors de ce qui est de l'action gouvernementale proprement dite, a donné un ordre illégal, commandé un acte arbitraire, oppressif, contraire à la loi, il est juste que le citoyen qui a eu à souffrir de cette illégalité, puisse poursuivre contre le ministre qui l'a ordonnée ou permise, la réparation du dommage qui lui a été causé.

Ceci n'est plus de la politique, c'est une atteinte au droit individuel. Ce n'est plus un cas de responsabilité *ministérielle*, c'est un cas de responsabilité personnelle pour un dépositaire du pouvoir.

Mais pour que la responsabilité civile soit sérieuse, il faut que le citoyen qui l'invoque puisse saisir de plain-pied les tribunaux ordinaires. Il ne faut pas qu'on l'entoure de restrictions et d'obstacles qui la rendent illusoires. Il ne faut pas, par exemple, comme dans le projet de loi de 1835, que le plaignant soit obligé d'aller d'abord demander une autorisation préalable à une Chambre des députés, pour aller ensuite plaider sa cause devant une Cour des pairs. Mettre à la responsabilité civile de telles

conditions, cela ressemble à une ironie. Si vous posez le principe, ayez le courage d'en tirer la conséquence; si vous proclamez le droit, que ce ne soit pas pour l'étouffer ensuite sous une procédure compliquée, ou le paralyser par une juridiction exceptionnelle et quasi inaccessible. C'était se moquer que de déclarer en théorie les ministres civilement responsables, et de les rendre en fait à peu près inattaquables en les abritant derrière le double rempart des Chambres. M. Vivien avait raison de dire que l'état de choses ancien était plus sensé : il était, en tout cas, plus logique et plus sincère.

Si on avait voulu faire quelque chose de pratique et de sérieux, introduire une véritable réforme dans notre législation, c'est la responsabilité civile des agents du pouvoir qu'il fallait loyalement, libéralement, proclamer et organiser. C'était là qu'il fallait mettre le nerf de la loi nouvelle.

Les crimes, les délits même, commis par des fonctionnaires, sont rares. Rarement un agent de l'autorité se rendra coupable d'un fait prévu par le Code pénal : et, dans ce cas, le ministère public est là, qui intervient d'office, et qui, agissant dans un intérêt social, a plus de chances que personne d'obtenir du conseil d'État l'autorisation de continuer les poursuites.

Mais ce qui n'est pas rare, ce qui est plus fréquent qu'on ne le croit, ce sont les mesures illégales, les procédés arbitraires, les petits excès de pouvoir de certains fonctionnaires inférieurs; ce sont les

atteintes plus ou moins violentes au droit, à la propriété, à la liberté individuelle, par des agents qu'anime un zèle excessif ou qu'aveugle le sentiment trop absolu de l'autorité qu'ils exercent. Contre ces faits-là, qui peuvent être des violations de la loi sans être des crimes ni des délits, il n'y a qu'une protection, c'est la responsabilité civile; c'est l'action en dommages-intérêts instituée devant le juge ordinaire. Voilà la vraie garantie du droit individuel, celle qui est à la portée de tous, qu'ils peuvent invoquer tous les jours, sans embarras, sans déplacement, sans frais exorbitants. Les Anglais et les Américains, gens pratiques, n'en ont pas d'autre, et elle leur suffit. Chez eux, toute atteinte à un droit individuel aboutit à une demande de dommages-intérêts.

Mais de telles idées étaient loin de nos législateurs de 1835 : ils y auraient vu l'anarchie même et la désorganisation du pouvoir. On parlait beaucoup de la responsabilité des fonctionnaires et des ministres; mais, au fond, on n'était préoccupé que d'une chose : ne pas désarmer le pouvoir, ne pas ôter à l'administration ce *bouclier* dont l'avait si prudemment couverte l'article 75; ne pas exposer les agents du gouvernement aux réclamations indiscrètes, aux poursuites passionnées. On n'a de souci, on n'a de sollicitude que pour ces fonctionnaires qui se *dévouent à servir l'État*, et qu'une loi imprudente va livrer en proie à leurs ennemis.

Si encore il ne s'agissait dans ces belles phrases

que des fonctionnaires gratuits, j'accorderais que leur dévouement désintéressé à la chose publique mérite quelque considération; — tout en ajoutant que le dévouement ne dispense personne de respecter la loi, et qu'en France, comme le dit M. Dupont-White, tout dépositaire du pouvoir, grand ou petit, a une tendance invincible à l'autocratie. Mais, quand on parle des hauts fonctionnaires, des membres actifs de l'administration, des agents directs du pouvoir, je demande la permission de ne me point appitoyer sur leur sort autant qu'on m'y convie. Je veux bien croire à leur dévouement pour l'intérêt public; mais je me défie de leurs inclinations despotiques, et de leur dévouement plus absolu encore aux intérêts particuliers du gouvernement[1]. J'ose faire plus; j'ose réclamer pour le modeste citoyen, qui n'a en main aucun pouvoir, qui n'est défendu par aucune dignité, un peu de cette protection qu'on leur accorde si libéralement, et dont il semble qu'il a plus besoin qu'eux. J'ai toujours cru que les fonctionnaires étaient avant tout les serviteurs de la

1. « En France, l'administration ne se conduit guère dans « l'intérêt général du pays, mais presque toujours dans l'in- « térêt particulier de ceux qui gouvernent; et tout homme « qui n'est pas prêt à sacrifier sans cesse le premier de ces « intérêts à l'autre, n'a aucun espoir de s'élever. Cela était « vrai sous la Restauration, vrai encore sous le gouverne- « ment de Juillet, et encore plus vrai, s'il est possible, sous « le gouvernement actuel. » — Ce n'est pas un révolutionnaire qui a écrit cela, c'est un sage esprit et un profond observateur, c'est Alexis de Tocqueville, *Correspondance posthume*, Œuvres complètes, t. VII, p. 308.

société, c'est-à-dire de l'ensemble des citoyens; et il me semble que, du moment qu'un citoyen se plaint, la présomption doit être pour le faible contre le fort; la sollicitude du législateur doit être pour celui qui a donné le mandat, plutôt que pour le mandataire responsable et salarié.

En résumé et pour conclure sur le projet de loi de 1835, il faut, malgré son imperfection, regretter qu'il n'ait pas été adopté. Si timide qu'elle fût dans son esprit, si illogiques que fussent quelques-unes de ses dispositions, cette loi eût été dans l'état de nos mœurs politiques, un immense progrès.

Elle laissait d'énormes garanties à l'administration. Elle permettait aux ministres, dans tous les cas où l'intérêt du gouvernement pouvait être engagé, d'arrêter même les poursuites commencées. Mais enfin l'accès de la justice était ouvert à tout citoyen lésé. Ce n'était plus à l'État qu'il fallait demander la permission de poursuivre les agents de l'État : c'était au pouvoir judiciaire, à la magistrature supérieure qu'il appartenait de prononcer sur l'admissibilité de la plainte. Si le ministre pouvait, en prenant le fait à son compte, enrayer le procès, c'était là en réalité un cas exceptionnel, et qui devait se produire rarement. Une déclaration de cour souveraine, portant qu'il y a lieu à suivre, est un préjugé d'un certain poids, devant lequel l'administration devait hésiter à mettre son véto. Il est bien plus facile de refuser une autorisation en conseil d'État, sans même donner de motifs, que d'intervenir sur une pour-

suite commencée, et d'interrompre violemment le cours de la justice.

Le principe de la responsabilité était posé : les conséquences s'en seraient déduites plus tard, d'elles-mêmes, inévitablement. Au point de vue des idées et des mœurs publiques, le progrès eût été réel : c'était le premier pas vers la liberté civile [1].

1. Depuis lors, jamais la question n'a été l'objet d'un débat sérieux dans nos assemblées législatives. Elle fut pourtant soulevée après la révolution de Février. La Constitution de 1848 renouvela, dans son art. 68, la promesse faite par la charte de 1830; mais cette promesse ne se réalisa pas plus que les précédentes. Il est vrai que l'Assemblée constituante fit préparer un projet par une commission spéciale; ce projet fut déposé, avec un rapport du citoyen Crémieux, le 28 février 1849 (*Moniteur* du 9 mars); mais il ne fut pas même discuté. J'ajoute qu'il était beaucoup moins libéral que le projet de 1835. Un grand luxe de précautions était déployé en ce qui touche la responsabilité du président de la république et des ministres; dispositions toutes comminatoires; l'expérience prouve qu'on ne les applique guère. Mais en ce qui touche la responsabilité des autres fonctionnaires, c'est-à-dire sur le point important, le projet maintenait l'art. 75 de l'an VIII. Voici les seules modifications qui étaient admises : La poursuite était libre pour tous les faits étrangers à la fonction. Quant aux faits de la fonction, deux catégories étaient établies parmi les agents du gouvernement : pour les préfets et sous-préfets, maires, commandants militaires, commissaires de police, etc., il fallait l'autorisation du conseil d'État; pour les autres, l'autorisation du conseil de prefecture suffisait. — L'action civile était soumise aux mêmes restrictions. — Les ministres ne pouvaient être poursuivis, tant au civil qu'au criminel, qu'après autorisation de l'Assemblée nationale. — Voilà toute la réforme qui était tentée. Si on compare le rapport de M. Sauzet avec celui du citoyen Crémieux, on verra que ce n'est pas le ré-

publicain qui entend le mieux la liberté et se préoccupe le plus de la garantir.

En 1850, sous la Législative, ce projet fut repris par M. Pradié sous forme de proposition, le gouvernement ne faisant rien. La proposition fut prise en considération et le renvoi au conseil d'État fut ordonné. (*Moniteur* des 7 et 10 mars, et du 22 juin 1850), mais il n'en a plus été question.

CHAPITRE IX

De quelques garanties qui existaient autrefois et qui ont disparu. — La jurisprudence du conseil d'État. — Histoire d'une saisie administrative.

Le rejet du projet de loi de 1835 ne laissait pas seulement les choses dans l'état ancien : il donnait une sorte de sanction législative à cet article 75 de l'an VIII, qu'on avait souvent attaqué comme contraire aux principes de nos Constitutions nouvelles. Repousser la réforme proposée par le gouvernement, c'était, en effet, implicitement, mais très-nettement, maintenir et confirmer la législation dont on demandait l'abrogation et la jurisprudence qui l'avait interprétée.

Toutefois, il faut faire ici une remarque : c'est que, sous le gouvernement d'alors, il y avait à cet état de choses des palliatifs qui ont cessé d'exister, au moins jusqu'à ces derniers temps, et dont quelques-uns même ne nous ont pas encore été rendus.

Il y avait d'abord la responsabilité ministérielle, qui, pendant dix-huit années, a disparu de notre Constitution. Le gouvernement impérial vient de nous la restituer, et il faut lui en savoir gré. Bien que la

responsabilité ministérielle soit une responsabilité purement politique, elle n'en a pas moins, en de certains cas, pour de certains faits graves ou scandaleux, une incontestable efficacité. Elle place le pouvoir exécutif sous la surveillance, sous le contrôle continuel des représentants du pays; elle le tient en respect par la crainte d'un débat public; une plainte portée à la tribune, saisissant l'opinion en même temps que le parlement, est un dernier recours dans les cas extrêmes.

Mais il ne faut pas s'exagérer l'importance de cette garantie pour la liberté individuelle. Ce n'est là qu'un palliatif, un remède bien indirect, bien lointain, d'application difficile, et pour tout dire très-exceptionnel. La responsabilité ministérielle agit surtout comme frein moral : c'est là sa vraie et sérieuse efficacité. En fait, pour les affaires de détail, pour les questions d'intérêt privé, elle est nécessairement illusoire. Tout le monde ne peut pas aller entretenir le parlement de ses réclamations, même justes, et le parlement a autre chose à faire que d'écouter des réclamations individuelles[1].

Il y a d'ailleurs, en principe et au point de vue

1, C'est ce que reconnait franchement un des défenseurs les plus éminents de l'autorité administrative, M. Vivien. « Les majorités, dit-il très-bien, ne veulent pas descendre à de telles misères, et mettre un ministère en question pour de si obscurs démêlés. J'affirme que tout ce qui est attribué à la responsabilité ministérielle en dehors de sa compétence politique, *est livré à l'arbitraire et au despotisme.* » *Etudes administratives*, t. I.

politique, un inconvénient grave à faire trop souvent remonter au pouvoir central la responsabilité des actes abusifs qui se commettent dans les rangs inférieurs de l'administration. A la longue, ce système discrédite et ne peut manquer d'affaiblir le gouvernement le plus fort[1].

D'autres garanties, également indirectes, mais peut-être plus efficaces, et qui n'existent plus aujourd'hui, résultaient, sous legouvernement de Juillet, de la législation qui régissait alors la presse. — D'abord la presse était justiciable du jury. Je sais tout ce qu'on peut dire contre la juridiction du jury en matière de presse. Dans l'état actuel de nos mœurs politiques, elle n'est peut-être pas la meilleure possible, et j'incline à croire que la solution de ce grave problème est dans l'organisation d'un jury spécial. Mais ce n'est pas là la question. En fait, le jury seul jugeait la presse, et le contrôle des journaux sur les actes de l'administration était d'autant plus actif et efficace que le jury se montrait plus indulgent pour eux.

En second lieu, il y avait dans cette législation une disposition éminemment libérale. L'article 20 de la loi de 1819[2] portait que, lorsqu'un agent ou dépositaire de l'autorité publique se plaignait d'une

1. Le système anglais est bien plus habile : en laissant au fonctionnaire qui agit la responsabilité de ses actes, il laisse au pouvoir central tout son prestige.

2. Article abrogé par les lois de 1822, rétabli par la loi du 8 octobre 1830, abrogé de nouveau en 1852.

diffamation commise contré lui par la voie de la presse, la preuve des faits diffamatoires, *s'ils étaient relatifs à ses fonctions*, pouvait être faite devant le jury, et que, dans ce cas, l'auteur de l'imputation était à l'abri de toute peine. M. de Serre, parlant, lors de la discussion de la loi, de cette dérogation au principe général qui interdit la preuve des faits diffamatoires, l'expliquait en ces termes : « Il est une exception que réclame hautement la « liberté publique : c'est le cas où l'imputation s'a- « dresse aux dépositaires ou agents de l'autorité, « et où elle concerne les actes et les faits de leur « administration. La vie privée des fonctionnaires « n'appartient qu'à eux-mêmes, leur vie publique « appartient à tous. C'est le droit, c'est le devoir de « chacun de leurs concitoyens de leur reprocher « publiquement leurs torts et leurs fautes publi- « ques. L'admission de la preuve est alors indis- « pensable. »

C'était là poser les vrais principes; c'était comprendre avec une haute intelligence le vrai rôle, le rôle utile et nécessaire de la presse dans un gouvernement libre. La presse est plus utile, plus nécessaire encore par le mal qu'elle empêche que par le bien qu'elle fait. Mais comment empêchera-t-elle le mal si elle ne peut le dénoncer; si, sous prétexte de diffamation, on peut lui fermer la bouche et lui interdire de dévoiler même la vérité? Qu'on la frappe quand elle calomnie les dépositaires de l'autorité, rien de plus juste; mais quand elle dit vrai,

quand elle révèle des malversations ou des abus de pouvoir, quand elle dénonce un fonctionnaire prévaricateur et qu'elle a en main les preuves des méfaits qu'elle dénonce, il est juste aussi qu'on la laisse dire : c'est son droit, c'est son devoir, c'est sa mission publique. Si la presse n'a pas ce droit, la presse n'est pas libre, et elle ne rend pas le plus important des services qu'elle peut rendre. C'est là un point fondamental dans toute législation sur cette matière. Tous les pays libres l'ont ainsi compris; c'est ainsi que les choses se passent, non-seulement en Angleterre et aux États-Unis, mais aussi en Belgique.

Mais tout le monde sait que l'art. 20 de la loi de 1819 a été abrogé. Le décret du 17 février 1852 porte (art. 28) qu'*en aucun cas* la preuve des faits diffamatoires ne sera admise. Et la conséquence de cette abrogation est celle-ci : simple particulier, je n'ai pas le droit de dénoncer à l'opinion publique, par la voie d'un journal, un acte illégal dont j'ai à me plaindre de la part d'un agent du gouvernement; et fussé-je dix fois en mesure de prouver le fait, je n'échapperai pas à la peine des diffamateurs, si le fonctionnaire que j'ai accusé demande aux tribunaux réparation pour son honneur atteint. Journaliste, j'aurai beau avoir eu connaissance d'une violation flagrante de la loi par un agent du pouvoir; j'aurai beau en avoir dans les mains la preuve claire et irréfragable, la preuve écrite et authentique, il n'importe; si j'ai signalé le fait, si j'ai démasqué le

coupable, je serai poursuivi comme diffamateur, et inévitablement condamné à l'amende, à la prison, à des dommages-intérêts, pour tort méchamment fait à la considération d'un fonctionnaire.

Voilà donc quelle est aujourd'hui la situation faite aux citoyens vis-à-vis de l'administration. L'art. 75 est toujours debout, affermi dans son autorité par des déclarations législatives, étendu dans sa portée par une jurisprudence de plus en plus large. En revanche les palliatifs qu'offraient autrefois les lois de la presse, ont disparu. La presse n'est plus pour moi une défense, une protection. J'aurai été battu, et je payerai l'amende si je suis assez osé pour me plaindre tout haut. Non-seulement je la payerai, mais le journaliste aussi la payera, et l'imprimeur aussi, comme complices de ma diffamation ; si bien qu'alors même que je serais résolu à braver la peine pour mon compte personnel, il est à parier que je ne trouverai pas de journal qui consente à s'exposer par dévouement pour moi aux mêmes risques.

Que reste-t-il au citoyen lésé par un agent du pouvoir, dans sa fortune ou sa personne ? Il lui reste à se pourvoir devant le conseil d'État pour obtenir l'autorisation de demander justice. C'est-à-dire que le droit de ce citoyen qui se plaint d'un agent du gouvernement, est absolument remis au bon plaisir du gouvernement. Car qu'est-ce que l'administration, sinon le gouvernement agissant ? Et qu'est-ce que le conseil d'État, sinon le gouverne-

ment délibérant? C'est donc au gouvernement qu'il faut que j'aille demander la permission de poursuivre le gouvernement.

Quelles que soient les lumières, l'honnêteté, l'indépendance des hommes qui composent le conseil d'État, on ne fera pas que le conseil d'État ne soit un corps amovible, dépendant directement du gouvernement, donnant d'ailleurs de simples avis qui ne prennent force légale que par la volonté du gouvernement; n'offrant par conséquent aucune des garanties qu'offre, je ne dis pas un corps judiciaire, mais même un corps politique ayant une existence et un pouvoir propre.

Si du moins, comme on l'a souvent demandé, le conseil d'État était inamovible; si à tout le moins il y avait dans le conseil d'État, à côté des sections administratives, une section du contentieux revêtue de l'inamovibilité et chargée de statuer sur les demandes en autorisation de poursuites; on trouverait là quelques garanties d'impartialité pour le conseil et de sécurité pour les plaignants.

On a prétendu que le conseil d'État, scrupuleux gardien de tous les droits, accorde de très-nombreuses autorisations de poursuite. — Le fait n'est pas exact. Si on met à part les demandes de poursuites formées par le ministère public, lesquelles n'interviennent que dans des cas d'une gravité exceptionnelle, on voit que les autorisations accordées sur la plainte de simples particuliers sont en nombre extrêmement

réduit [1]. Une autorisation de poursuite, même à fins civiles contre un fonctionnaire d'un ordre un peu élevé, est à peu près sans exemple.

La plupart du temps les refus d'autorisation ne sont pas motivés; ou bien ils le sont par cette formule qui équivaut à l'absence de motifs : « Attendu qu'il n'y a pas de motifs suffisants pour autoriser [2]... » L'intérêt politique fait écarter toutes les demandes qui pourraient, ou compromettre de hauts fonctionnaires, ou contrarier le gouvernement dans ses idées et ses tendances [3]; l'intérêt administratif

1. Il résulte d'un relevé, fait par M. Ed. Laferrière, de toutes les demandes en autorisation formées par de simples particuliers contre des fonctionnaires pendant une durée de treize ans (de 1852 à 1864), que sur deux cent soixante-quatre demandes, trente-neuf seulement ont été accueillies. C'est une proportion de quatorze pour cent à peu près. — Ces autorisations sont toutes données contre des fonctionnaires d'ordre inférieur, maires, gardes forestiers, conducteurs de ponts et chaussées, etc. Quant aux demandes concernant des fonctionnaires politiques, pas une seule n'a été accueillie. (Voy. le journal *le Temps* du 20 février 1868.)

2. D'autres fois, ce qui revient au même, le conseil d'État ne donne pour motif que l'avis contraire du ministre ou du procureur général. — Il y a des arrêts qui portent : « Attendu que le fonctionnaire s'est empressé de reconnaître son erreur, et que la réprimande qui lui a été donnée *est une punition suffisante...*, » ou bien : « Attendu qu'il a été révoqué, et que cette disgrâce *paraît au ministre une répression suffisante...* » Notez qu'il s'agit le plus souvent dans ces cas d'arrestations arbitraires et d'abus de pouvoir graves.

3. C'est surtout en matière de fraudes électorales que des refus d'autorisation regrettables se sont produits depuis quelques années. En cette matière pourtant et sous le régime du

pousse à étouffer tout débat qui pourrait, en causant trop de bruit et de scandale amoindrir le prestige de l'autorité. Ce n'est pas une supposition malveillante que je fais là; je ne fais que répéter ce qu'un ministre, ancien président du conseil d'État, a dit en pleine tribune : « Parfois même, les faits « étant suffisamment justifiés, le conseil d'État, *plus « préoccupé du scandale de la poursuite que des « inconvénients de l'impunité*, refuse de livrer le « fonctionnaire; et celui-ci, quelle que soit sa situa- « tion, eût-il même été destitué, est ainsi protégé « par le privilége de l'art. 75 de la Constitution de « l'an VIII : il échappe à la justice [1]. »

Il y a cinquante ans, quand cette jurisprudence ne faisait encore que de naître, le président Henrion de Pansey s'indignait de voir le conseil d'État se

suffrage universel, il semble que la liberté des poursuites devrait être entière : la loyauté, la sincérité du vote importent à tous. En 1845, M. Vivien lui-même exprimait cet avis. « Il ne faut pas, disait-il, que les droits électoraux soient, sous aucun prétexte, laissés à la discrétion du pouvoir même qui, dans de mauvais jours, aurait l'intérêt le plus direct à les violer; et ils sont bien dignes de jouir des mêmes garanties que les intérêts pécuniaires des contribuables. » (*Etudes administratives.*)

La loi électorale du 15 mars 1849 réalisa cette réforme. Elle portait (art. 117) : « Si le crime ou le délit est imputé à un agent du gouvernement, la poursuite aura lieu *sans qu'il soit besoin d'une autorisation préalable.* » — Mais la jurisprudence a décidé que cette disposition avait été virtuellement abolie par le décret du 2 février 1852.

1. Discours de M. le comte de Chasseloup-Laubat au Corps législatif, 8 avril 1854. (*Moniteur* du 9.)

décider, sur l'avis même des préfets ou des ministres dont les actes lui étaient denoncés : « Qu'elle « idée peut-on se former s'écriait-il, d'un état social « dans lequel le droit de demander aux tribunaux « la réparation d'une offense est subordonné à la « volonté de celui qu'on peut présumer en être l'au- « teur [1] ?... » — Qu'aurait dit le rigide magistrat s'il eût été témoin des abus qu'on a commis de nos jours à l'abri de cet article 75? Qu'eût-il pensé des *saisies administratives*, et des étranges doctrines dont on les a appuyées?

Il faut qu'on me permette de rappeler ici un fait qui s'est passé il y a peu d'années. C'est une histoire instructive, et qu'on aurait tort d'oublier. Nous oublions trop vite en France.

Un éditeur fort connu, M. Michel Lévy, fut chargé, en 1861, d'imprimer, pour M. le duc d'Aumale, un ouvrage intitulé *Histoire des princes de la maison de Condé aux seizième et dix-septième siècles*. Il se mit en règle avec l'administration, et fit toutes les déclarations exigées par les lois et règlements. Aucun avis ni officiel ni officieux ne lui donna à penser que l'administration entendît s'opposer à cette publication. L'impression, commencée dans les premiers mois de 1862, se poursuivit tranquillement pendant près d'une année : les feuilles du premier volume étaient déjà remises au brocheur, lorsque, le 19 janvier 1863, les exemplaires imprimés furent saisis

1. *De l'Autorité judiciaire*, t. II, chap. XLVIII, p. 421.

par un commissaire de police, en exécution d'ordres donnés par le préfet de police.

Les réclamations étant restées sans résultat, une action civile en restitution des volumes saisis fut intentée contre le préfet de police, devant le tribunal civil de la Seine.

Le préfet de police se défendit d'abord en alléguant l'incompétence du tribunal en matière administrative; puis un peu plus tard, changeant de tactique, il invoqua tout simplement son titre d'agent du gouvernement et le privilége de l'article 75, qui ne permettait pas de le poursuivre, même au civil, sans autorisation préalable du conseil d'État.

Pour Michel Lévy et le duc d'Aumale on répondait : qu'il ne s'agissait point ici d'une poursuite personnelle contre le préfet de police, mais seulement d'une *revendication de propriété;* qu'en effet, l'acte dont on se plaignait ne pouvait être considéré ni comme un acte d'administration, car il ne rentrait dans aucune des attributions administratives du préfet de police, ni comme un acte de police judiciaire, car le livre n'était poursuivi pour aucun crime ou délit, et d'ailleurs les formalités de la saisie judiciaire n'avaient point été remplies. Il n'y avait donc là, disait-on, qu'une question de propriété, qu'une action en restitution.

Le tribunal civil de la Seine n'en accueillit pas moins l'exception présentée par le préfet de police; il déclara que l'action n'était pas recevable tant que

l'autorisation du conseil d'État n'aurait pas été obtenue (jugement du 20 mai 1863).

Appel devant la cour impériale de Paris, qui, par arrêt du 16 juillet 1864, confirme la décision des premiers juges.

Pourvoi devant la cour de cassation, qui le rejette, le 15 novembre 1865.

Tout recours judiciaire étant ainsi épuisé, on dut se pourvoir devant le conseil d'État, pour obtenir l'autorisation préalable que les tribunaux venaient coup sur coup de déclarer nécessaire.

Le 31 mars 1866, la section de législation, saisie de la demande, la repousse par ce motif « que le préfet de police avait procédé en vertu des ordres de son supérieur hiérarchique. »

On s'adresse alors au supérieur hiérarchique du préfet de police, c'est-à-dire au ministre de l'intérieur, pour solliciter de lui l'annulation de la mesure extra-légale ordonnée par lui, et obtenir la restitution des exemplaires saisis.

Refus du ministre, notifié par lettre du 18 juin 1866, et motivé (singuliers motifs!) sur ce que l'autorité judiciaire avait déjà été saisie, et que le conseil d'État n'avait pas accordé l'autorisation de poursuivre.

En désespoir de cause, et pour épuiser les voies légales, on se pourvoit de rechef devant le conseil d'État, section du contentieux, contre cette décision du ministre. Là, le ministre, poussé à bout, déclare que « *la saisie a été une mesure de haute police*, »

et que, par cette raison, le conseil d'État est incompétent pour en connaître. Cette exception est admise et le pourvoi est rejeté (décret du 9 mai 1867).

Toute espèce de recours faisait désormais défaut aux plaignants : ils n'avaient plus qu'à courber la tête et se résigner.

J'ai fait remarquer déjà [1] combien on élargissait de nos jours le cercle du privilége administratif, en appliquant l'article 75 de la Constitution de l'an VIII, non-seulement aux actions personnelles, mais aussi aux actions réelles. Je ne reviens pas sur ce point. Je veux faire seulement une observation : c'est qu'il est permis, peut-être, de s'étonner que cette extension outrée et abusive soit le fait même de la magistrature; c'est que ce soit la magistrature elle-même qui, de ses propres mains, resserre les liens dans lesquels on l'a enchaînée et s'applique à restreindre encore le champ déjà trop envahi de sa légitime action.

Chose étrange ! C'est dans le conseil d'État que cette nouvelle jurisprudence a rencontré les premières résistances et soulevé les premières protestations [2]. Ces protestations se sont fait jour même dans un document officiel. Lors du second recours devant le conseil, le rapporteur, M. Aucoc, indiqua clairement,

1. Voy. le chapitre précédent.

2. « Deux des membres les plus anciens du conseil d'État, m'ont dit que cette jurisprudence constituait la plus énorme aberration juridique qu'ils eussent jamais rencontrée. » Reverchon, *de la Saisie administrative*.

et avec une courageuse impartialité, quel étonnement avait causé la singulière doctrine professée en cette matière par les tribunaux. « Il s'agit, disait-il, « de la régularité, de la validité, des effets de la sai- « sie d'un livre; *il s'agit de la revendication d'une* « *propriété mobilière.* Nous cherchons vainement « quelle est la disposition de loi qui nous permet- « trait de statuer sur cette revendication de propriété. « Depuis la loi des 16-24 août 1791, *ces questions* « *sont exclusivement du domaine de l'autorité ju-* « *diciaire...* Si l'administration, pour l'exécution « d'un travail public, s'emparait d'une propriété « privée sans remplir les formalités exigées par la « loi, l'autorité judiciaire serait seule compétente « pour faire respecter la propriété, et la situation ne « changerait pas suivant qu'il y aurait ou qu'il n'y « aurait pas une décision ministérielle pour ordon- « ner cette mesure. »

Comment la magistrature n'a-t-elle pas vu ce qu'a si nettement discerné le conseil d'État? Comment n'a-t-elle pas compris qu'il y avait là, sous l'apparence d'une mesure administrative, une véritable question de propriété, c'est-à-dire une question qui touche aux fondements mêmes de l'ordre civil? Comment n'a-t-elle pas senti que, sur une telle question, c'est à elle surtout, à elle d'abord qu'il appartenait de proclamer et de maintenir les principes?

L'étonnement redouble quand on lit les considérants sur lesquels on a essayé de fonder cette nouvelle et étrange doctrine. Voici, par exemple, ce

qu'on lit dans l'arrêt de la cour de cassation : « Sur « la revendication de propriété : attendu que la de- « mande, si elle tendait directement à une revendi- « cation, devait avoir pour résultat nécessaire de « faire déclarer, *au moins implicitement*, que le « préfet de police avait excédé ses pouvoirs, *et* « *qu'une telle déclaration prononcée* de plano *au-* « *rait été incompatible avec le respect de la garan-* « *tie constitutionnelle réclamée par ce fonction-* « *naire;* — attendu qu'il est constaté en fait que « le préfet de police, en faisant opérer la saisie par « les agents ordinaires de son autorité, a agi en « suite des instructions de son supérieur hiérar- « chique, *dans un intérêt exclusivement public;* « que cette constatation suffit pour légitimer la dis- « position de l'arrêt qui a accueilli l'exception tirée « du défaut d'autorisation préalable... »

On ne nie pas, on ne peut pas nier que l'action fût de sa nature une action réelle, qu'elle tendît *directement* à une revendication de propriété; — en d'autres termes, que le procès fût essentiellement une question de propriété, une pure question de droit civil[1]. Mais quoi! ordonner la restitution

1. C'est bien pour cela que le préfet de police n'avait pas persisté dans ses premières conclusions, tendant à ce que le tribunal se déclarât incompétent. L'affaire était trop évidemment une revendication de propriété; et dès lors la compétence du tribunal ne pouvait faire doute. Il était bien plus habile de s'abriter derrière l'art 75; on faisait par là disparaître la question de droit civil, et on en faisait une affaire administrative.

de la propriété mobilière indûment saisie, ce serait indirectement apprécier l'acte de M. le préfet! ce serait déclarer, *au moins implicitement*, qu'il a excédé ses pouvoirs! ce serait manquer *de respect* à sa prérogative! Périsse plutôt le droit civil que la prérogative administrative!

Où en sommes-nous, et quel chemin avons-nous fait depuis cinquante ans! Quelle extension donnée de jour en jour à ce précieux article 75! Dans la pensée de ses auteurs, il n'était fait, selon toute apparence, que pour couvrir les agents du pouvoir contre les poursuites criminelles auxquelles l'exercice de leurs fonctions pouvait les exposer. Il ne suffit pas qu'on l'ait étendu aux poursuites civiles, c'est-à-dire aux actions en dommages-intérêts, en réparation du préjudice causé, voici quelque chose de plus énorme : la revendication d'un objet réel, indûment saisi et retenu, ne peut plus être accueillie. Ma chose m'a été enlevée par force; on l'a mise sous les scellés. De délit, de manquement aux lois, on ne m'en reproche aucun, et de fait, je ne suis l'objet d'aucune poursuite. Malgré cela, on refuse de me restituer ma propriété saisie par mesure administrative, et les tribunaux me seront fermés par cette admirable raison que, en ordonnant la restitution, ils déclareraient *implicitement* que le fonctionnaire qui l'a saisie, l'a saisie illégalement! Et il suffira qu'un fonctionnaire qui aura commis une illégalité de ce genre allègue qu'il a agi *dans l'intérêt public* pour que la loi civile soit suspen-

due, mon droit de propriété anéanti et la justice désarmée! N'est-ce pas là le comble! Nous en sommes venus à l'adoration, au fétichisme du pouvoir administratif.

Quand Michel Lévy et M. le duc d'Aumale, ayant vu se fermer successivement devant eux les portes du tribunal civil, de la cour d'appel et de la cour de cassation, sont allés demander au conseil d'État cette autorisation préalable qu'on leur imposait comme condition de l'admissibilité de leur action, le conseil d'État a répondu qu'il n'y avait pas lieu d'autoriser, par cette unique raison : « que le préfet de police avait agi en vertu d'instructions de « son supérieur hiérarchique. » — La raison était bonne pour le préfet de police; mais le supérieur hiérarchique, c'est-à-dire le ministre, comment se peut-il qu'il échappe à toute responsabilité? que la plainte, si elle est juste, ne trouve aucune autorité qui l'accueille? que, parce que le spoliateur est un ministre, la spoliation reste impunie? En Angleterre, le ministre eût été cité devant le juge ordinaire comme un simple particulier et aurait eu à rendre compte de ses actes. Sous un gouvernement parlementaire, l'affaire eût été portée sans nul doute à la tribune, le ministre interpellé et la Chambre mise en mesure d'infliger un blâme. Rien de tout cela n'était possible.

Une supplique est adressée au ministre, qui répond laconiquement « qu'il s'agit *d'une mesure de haute police.* »

On avait toujours cru que la police, haute ou basse, était créée pour faire exécuter les lois et tenue de s'y conformer la première. *Haute police* veut dire apparemment, en langage administratif, arbitraire souverain et despotisme irresponsable.

Le conseil d'État, à qui cette décision est déférée, donne un autre motif, qui, pour être plus plausible, n'est pas plus sérieux. « Considérant, dit l'arrêt, que la mesure par laquelle le préfet de police a prescrit la saisie des exemplaires, et la décision de notre ministre de l'intérieur qui a confirmé cette mesure, *sont des actes politiques* qui ne sont pas de nature à nous être déférés pour excès de pouvoir, en notre conseil d'État, par la voie contentieuse.... »

Il est incontestable que *les actes politiques* ne sont soumis au contrôle ni des tribunaux ordinaires, ni du conseil d'État : la seule juridiction sous laquelle ils tombent, est celle des corps politiques organisés par la Constitution. Mais qu'est-ce qu'*un acte politique?* C'est un acte de gouvernement ; c'est un acte du pouvoir souverain, accompli dans le cercle de la Constitution. Tout acte du pouvoir exécutif n'est pas un acte de gouvernement. Les actes d'administration, par exemple, sont soumis à de certaines formes, à de certaines conditions fixées par les lois ou les règlements ; et lorsque ces conditions, ces formes n'ont pas été respectées, l'acte administratif peut être annulé par le conseil d'État. Ainsi, un préfet a-t-il excédé

ses pouvoirs en prenant un arrêté de police, il y a recours au conseil d'État, qui l'annule : il en est de même pour une décision ministérielle contraire à la loi. Là-dessus, la jurisprudence du conseil d'État lui-même est constante; elle n'a jamais varié, et récemment encore il en avait fait une application remarquable à propos d'un journal illégalement suspendu par décision d'un ministre[1]. En quoi la saisie d'un livre est-elle un acte politique, plutôt que la suspension d'un journal? Il peut y avoir eu, il y a eu certainement à ces actes des motifs politiques; mais ni l'un ni l'autre de ces actes n'est un acte politique au sens vrai du mot, c'est-à-dire une mesure d'intérêt général rentrant dans les attributions du pouvoir gouvernemental.

Le conseil d'État pouvait donc annuler comme illégale une saisie ordonnée par un ministre en dehors des formes légales, comme il avait annulé un arrêté de suspension. En se déclarant incompétent, on peut dire qu'il s'est déjugé. Il faut ajouter que cette jurisprudence nouvelle nous enlève les dernières garanties qui nous restassent. La saisie *administrative* laissait encore la possibilité d'un

1. Ce journal était le *Courrier du Dimanche*. Suspendu par le ministre de l'intérieur, en dehors des conditions posées par le décret du 17 février 1852, il se pourvut devant le conseil d'État pour *violation de la loi et abus de pouvoir*. Sur les conclusions conformes du maître des requêtes, la décision ministérielle fut annulée.—Voyez sur cette question une brochure rémarquable de M. Casimir Périer, intitulée *l'Article 75 de la Constitution de l'an VIII*. Paris, 1867.

recours : la saisie *politique*, la saisie par *mesure de haute police*, coupe court à toute difficulté et met un terme immédiatement à toute espèce de réclamation.

Cela du moins a le mérite d'être clair et net. Il n'y a point là de subtilités juridiques, d'arguties de procédure. A quoi bon disserter sur le droit de propriété, sur les actions personnelles ou réelles, sur les limites respectives du pouvoir administratif et du pouvoir judiciaire? Tout cela est bon pour l'école et la basoche. La mesure peut être arbitraire; la loi peut avoir été violée ; qu'importe? C'est de la politique. « Ne touchez pas à la hache. »

Il me reste seulement un souci. C'est que tous les jours, à propos de tout, à l'occasion de tous les actes arbitraires et illégaux que pourront se permettre les agents grands ou petits du pouvoir exécutif, on pourra nous faire la même réponse et nous opposer la même fin de non-recevoir [1].

1. La saisie du livre de M. le duc d'Aumale n'est pas le seul fait de ce genre qui se soit produit depuis quelques années. — En 1861, M. le duc de Broglie avait fait imprimer ou autographier ses *Mémoires*. Cet écrit n'était point destiné par l'auteur à être publié : on n'en devait tirer qu'un petit nombre d'exemplaires, qu'il se proposait de distribuer à sa famille et à ses amis. L'ouvrage cependant fut saisi chez l'imprimeur. Ce ne pouvait être là une saisie judiciaire, puisque aucune publication n'avait eu lieu, et que la publication est la première condition exigée par la loi pour qu'un livre puisse être saisi et poursuivi. C'était donc une *saisie administrative*, motivée seulement par des considérations de *haute police* ou de *politique*. M. de Broglie annonça haute-

On a confisqué les livres du duc d'Aumale et de Michel Lévy. Qui me dit que demain on ne confisquera pas de même ma propriété mobilière ou immobilière, et qu'à ma plainte on ne répondra pas tranquillement : « C'est un acte politique? »

Qui me dit que demain un préfet zélé, comme on en a vu, ne violera pas mon domicile, ne me fera pas arrêter arbitrairement? Qui me dit que le préfet de police ou le ministre de l'intérieur, me trouvant suspect ou gênant, ne me fera pas, une belle nuit, saisir dans mon lit, jeter dans une voiture et transporter hors de France, ou déporter à Nouka-Hiva ; et que, pour toute explication et justification, on ne me répondra pas : « C'est une mesure de haute police ? »

Je n'éxagère rien. Je ne fais que tirer les conséquences des principes, et montrer quelle est la portée logique des pouvoirs que la nouvelle jurisprudence met aux mains de l'administration.

ment l'intention de soutenir son droit devant les tribunaux. L'administration recula. Quoique aucun délit n'eût été relevé, on feignit de ramener l'affaire dans les voies judiciaires : une ordonnance de non-lieu intervint, et les exemplaires saisis furent rendus. — Quelques années plus tard, M. Pelletan avait fait imprimer une brochure en vue des élections législatives. Cette brochure fut saisie *avant d'avoir paru*. Elle n'était l'objet d'aucune incrimination; et ici encore la publication, premier élément de tout délit de presse, manquait. M. Pelletan réclama en vain, pendant plusieurs jours. Mais quand les élections furent faites, on lui offrit de lui rendre les exemplaires de sa brochure. M. Pelletan refusa.

Tous les jurisconsultes l'ont ainsi compris et s'en sont émus :

« Si l'administration de la police, dit l'un d'eux, « peut faire saisir chez moi un manuscrit ou un « meuble meublant, elle pourra, à un titre égal, « faire occuper indéfiniment ma maison ou mon « champ. Pourra-t-elle alors se couvrir de l'art. 75 « de la Constitution de l'an VIII et me renvoyer « devant le conseil d'État? S'il en était ainsi, la loi « civile, que tous les publicistes, Montesquieu en « tête, considérent comme le palladium de la pro- « priété, ne serait plus qu'une lettre morte. Elle « n'existerait que sous le bon vouloir du chef de « l'État, chargé désormais d'ouvrir ou de fermer, « en conseil d'État, l'accès des tribunaux en ré- « ponse aux réclamations dirigées contre les actes « de spoliation des fonctionnaires publics. La pro- « priété ne serait plus en France que ce qu'elle est « en Orient ; elle n'existerait qu'avec la tolérance « de l'autorité publique.... C'est la propriété, celle « de tout le monde qui est mise en question, et « avec la propriété, l'ordre civil tout entier[1].

« Si l'administration, dit un autre, a désormais « chez nous la puissance de se mettre au-dessus « des lois en cette matière, il n'y a aucune raison « pour qu'elle s'arrête en si beau chemin ; ou, ce « qui revient au même, elle ne s'arrêtera que dans « les limites et selon les circonstances qu'elle appré-

1. Dalloz, *Recueil périodique*, 66, I, 49.

« ciera elle-même. Si un livre peut être saisi avant « sa publication et sans que l'administration recon- « naisse aucun juge de cette saisie, elle pourra, « au même titre, par les mêmes motifs, ou sous les « mêmes prétextes, opérer des détentions admi- « nistratives, et revenir aux lettres de cachet, que « le premier Empire avait au surplus déjà rétablies « par son décret du 3 mars 1810. Elle pourra, par « les mêmes motifs, ou sous les mêmes prétextes, « opérer des exils ou des bannissements adminis- « tratifs; et, s'il en est ainsi, elle n'aura pas à re- « gretter de n'avoir point demandé la prorogation « des dispositions de la loi de sûreté générale, qui « ont cessé d'être en vigueur en 1865 : elle en aura « largement trouvé l'équivalent.

« Qu'en fait, de telles énormités soient possibles; « qu'en fait, l'administration comprenne et applique « ainsi les principes de 1789, l'affaire actuelle le « prouve surabondamment[1]. »

Avec une pareille jurisprudence, on peut dire que toutes les garanties de la liberté individuelle sont suspendues; toutes les lois qui protégent la fortune et la personne des citoyens sont comme mises à néant.

Sous l'ancien régime, le roi, ayant en main le pouvoir absolu et la pleine souveraineté, on comprend qu'il dépendît seulement de son « bon plai-

1. *De la Saisie administrative*, par E. Reverchon, ancien avocat à la cour de cassation, ancien maître des requêtes au conseil d'État. Paris, 1867,

sir, » de celui de ses ministres ou de ses favorites, de faire enlever un particulier, sur lettre de cachet, et de le faire enfermer à la Bastille, sans que personne eût droit d'en demander compte à personne.

Sous le premier Empire, qui avait rétabli de toutes pièces l'absolutisme monarchique, la liberté civile n'existe pas davantage. La personne et les biens des citoyens sont livrés sans défense aux procédés sommaires de la police. Un homme hostile, ou seulement suspect, est arrêté par mesure de sûreté générale, enfermé, et indéfiniment détenu, sans mandat de justice ni jugement. Mais, du moins, le despotisme se déclarait ouvertement, et des décrets impériaux ratifiaient officiellement ces mesures arbitraires[1]. Il en était de même des saisies et confiscations administratives : le premier Empire, en cette matière aussi a laissé d'illustres exemples ; et tout le monde se rappelle la mise au pilon du livre *De l'Allemagne*, de madame de Staël, mais là encore la tyrannie se montrait à visage découvert[2].

Aujourd'hui, on n'y met pas cette franchise brutale. On invoque à tout propos les principes de 1789 ; on affiche hautement la prétention de les respecter, de les appliquer. Je viens de montrer comment cette

1. Décret du 3 mars 1810. Le premier considérant de ce décret était ainsi conçu : « Considérant qu'il est un certain nombre de nos sujets, détenus dans les prisons d'État, *sans qu'il soit convenable ni de les traduire devant les tribunaux, ni de les faire mettre en liberté...* »

2. Voy. Décret du 5 février 1810, art. 26.

prétention est justifiée. La théorie est autre, mais la pratique est la même. Il n'y a pas de décrets impériaux qui autorisent les fonctionnaires à violer la liberté, la propriété des citoyens; mais il y a un privilége, étendu, agrandi démesurément, qui rend les fonctionnaires irresponsables en matière administrative. En qualifiant une mesure illégale de *mesure de haute police* ou d'*acte politique*, on peut toujours se mettre hors des atteintes de la loi commune, et, par un détour, arriver au même but, et s'assurer l'impunité. A ce mot, le prétoire du juge se fermera de lui-même devant le plaignant; la justice restera muette, et inclinera ses faisceaux pour laisser passer l'arbitraire administratif.

Arrêté, détenu, par ordre d'un préfet, à qui m'adresserai-je pour réclamer ma mise en liberté? — Nous n'avons point de loi d'*habeas corpus*, et je ne trouverai point de cour des plaids pour faire juger directement la légalité de mon arrestation. Je ne pourrai pas davantage la faire juger indirectement, en introduisant une action civile contre celui qui a donné l'ordre. Un préfet est inviolable, il est sacré. Il a un pouvoir administratif, et il n'en est responsable que vis-à-vis de son supérieur hiérarchique. Il a un pouvoir judiciaire, et il n'est astreint ni au contrôle, ni aux formes de la justice[1]. — Nous

1. Il y a en effet, au Code d'instruction criminelle, un art. 10, inséré par la volonté de Napoléon Ier, et qui donne aux préfets le plein exercice de la police judiciaire; avec cette circonstance grave que, n'étant point officiers de police judi-

avons, il est vrai, le sénat qui, aux termes de la Constitution (art. 25), est *le gardien des libertés publiques*. Mais je ne connais pas d'article qui le charge de la défense des libertés privées; et je ne conseillerais à personne de faire grand fond en pareil cas sur le droit de pétition.

Voilà où nous en sommes. Voilà ce qui se voit, ou peut se voir tous les jours.

Dans les circonstances ordinaires, aux époques de calme, de tels abus de pouvoir seront rares : les

ciaire, ils ne sont point subordonnés aux procureurs généraux, et qu'ils peuvent agir *sans qu'il y ait flagrant délit*. De plus, une jurisprudence récente de la cour de cassation (1860) reconnaît aux préfets les mêmes pouvoirs qu'aux juges d'instruction : par conséquent ils peuvent faire des saisies, des perquisitions, *décerner même des mandats de dépôt*, et détenir provisoirement les inculpés aussi longtemps qu'il leur convient.

J'ajoute une remarque, qui caractérise l'esprit de notre législation. Le Code pénal de 1810 déploie un grand luxe de sévérité contre les simples particuliers qui attentent à la liberté individuelle : le fait d'arrêter, de détenir une personne en chartre privée emporte les travaux forcés à temps où à perpétuité. Mais c'est là un genre de crime qui, dans notre société, n'est guère à craindre. En revanche, les arrestations illégales ou arbitraires par des fonctionnaires, ne sont point chose rare; on peut ajouter que c'est chose plus répréhensible et plus dangereuse. Et cependant le législateur, si sévère tout à l'heure, se montre ici d'une indulgence toute paternelle. Le fonctionnaire judiciaire, reconnu coupable, n'encourt, outre les dommages intérêts, que la *dégradation civique*. Si c'est un gardien de prison, de six mois à 2 ans d'emprisonnement et de 16 fr. à 200 fr. d'amende. Et tout cela, bien entendu, seulement après que le conseil d'État a bien voulu autoriser les poursuites.

mœurs corrigent la loi, et l'opinion contient le zèle des fonctionnaires. Mais dans les temps troublés, quand les passions politiques fermentent, en quel péril de semblables lois ne mettent-elles pas la liberté des citoyens?

Or, c'est surtout en matière politique que la légalité doit être scrupuleusement observée, que l'arbitraire doit être restreint, que la justice doit protéger les plus humbles citoyens. La justice est le seul frein aux passions qu'allument les luttes politiques, aux emportements de zèle que suscite l'ambition. Que deviendront les vaincus, quel sera le sort des minorités, si tout est permis aux maîtres du pouvoir, sous couleur de haute police et de mesures administratives? Le jour où le droit d'un seul individu est violé, sous prétexte de raison politique, ce jour-là la liberté de tous est menacée, — ou pour mieux dire, il n'y a plus de liberté [1].

Nos incessantes révolutions ont à la longue altéré en nous la notion du droit, le sentiment du juste et de l'injuste. Perpétuellement secoués depuis quatre-vingts ans par ces coups de la force; habitués à la rébellion et au renversement des lois; flottant sans cesse de l'anarchie à la dictature; il semble que nous ne sentions plus la beauté, la sainteté de la

1. « Lorsque la liberté d'un sujet est atteinte, c'est une provocation à tous les sujets d'Angleterre, » disait un juge anglais dans l'affaire d'un accusé qui avait défendu son voisin injustement arrêté. Belle parole, que nous avons besoin de méditer et de comprendre.

justice. Ce qui est certain, du moins, c'est que nous ne comprenons pas que, là où elle ne règne pas souverainement, la liberté ne peut pas vivre. Tant que nous n'aurons pas compris cela, non-seulement nous ne serons pas libres, mais nous ne serons ni capables ni dignes de l'être [1].

1. Depuis que ceci est écrit, l'affaire du duc d'Aumale, qui semblait enterrée, a reçu tout à coup une solution inattendue. Les journaux ont annoncé, au mois de mars 1869, que le gouvernement avait fait restituer à M. Michel Lévy les exemplaires saisis de l'*Histoire des princes de la maison de Condé*, et offert en même temps le remboursement des frais des diverses instances. L'ouvrage de M. le duc d'Aumale a, en effet, paru quelques jours après, et s'est vendu librement en France.

On a prétendu que cette restitution avait été déterminée par l'annonce d'un nouveau procès fait à l'État, dans la personne du ministre de l'intérieur, du ministre des finances, du préfet de la Seine et du directeur des domaines, en revendication d'une propriété mobilière devant les tribunaux civils. J'ignore si, en effet, une nouvelle instance devait être introduite; mais il est à croire qu'elle n'aurait pas eu plus de succès que les précédentes : car on se rappelle que la jurisprudence exige l'autorisation préalable du conseil d'État, non-seulement pour les actions personnelles, mais même pour les actions *réelles*, c'est-à-dire pour les revendications de propriété, chaque fois que ces revendications sont motivées par un acte administratif (arrêt du conseil d'État du 21 août 1855; arrêt de la cour de cassation du 15 novembre 1865, cité plus haut). Tel n'a donc pas pu être le motif de la restitution.

Le ministre en a allégué une autre. Il a pris texte de la loi nouvelle sur la presse, du 11 mai 1868, qui porte (art. 9) : « La publication *par un journal ou écrit périodique* d'un article signé par une personne privée de ses droits civils et politiques, ou à laquelle le territoire de France est interdit,

est punie d'une amende de 1000 fr. à 5000 fr. » L'*Histoire des princes de Condé* ne se trouvant point évidemment dans les cas prévus par cette disposition, le gouvernement semblait reconnaître un droit nouveau et s'avouer désarmé par la législation récente. — Il est parfaitement clair que la saisie du livre du duc d'Aumale est en dehors des conditions déterminées par la loi du 11 mai 1868. Mais avant la loi du 11 mai 1868, il y avait une loi sur la presse, et cette loi, comme toutes les lois sur la presse, posait ce principe qui est de tous les temps et de toutes les législations, qu'en matière de presse il n'y a *point de délit sans publication.* Or l'*Histoire des princes de Condé* avait été, on se le rappelle, saisie avant toute publication, par conséquent en dehors de toutes les conditions légales.

Et puis, aujourd'hui même, et sous l'empire de la loi du 11 mai, s'il plaisait au ministre de l'intérieur de faire pratiquer une saisie administrative en dehors des cas prévus par la loi du 11 mai, comme M. de Persigny le fit pour l'*Histoire* du duc d'Aumale sous la loi ancienne, — qu'en pourrait-il advenir? La situation ne serait-elle pas toujours la même? La jurisprudence n'exigerait-elle pas toujours l'autorisation préalable du conseil d'État, pour intenter un procès en revendication de propriété? Car, comme on le disait, ce procès serait fait en réalité à *la saisie administrative;* et c'est l'acte administratif, indirectement attaqué, que l'autorisation préalable a pour but de couvrir.

Si donc le gouvernement a restitué, en 1869, le livre du duc d'Aumale saisi en 1863, il faut le dire, c'est à sa sagesse seule, à sa générosité seule qu'il faut en faire honneur. Il n'y était contraint en rien. Il pouvait maintenir la saisie, car il pourrait en pratiquer une nouvelle aujourd'hui. Son droit est aujourd'hui ce qu'il était hier ; car il n'est pas plus responsable, et nous n'avons pas plus de garanties. Sous prétexte de *mesure politique* ou de *haute police*, la loi peut être suspendue et l'action des tribunaux paralysée. — La restitution a été arbitraire, comme la saisie l'avait été; voilà le vrai. La générosité, c'est encore du bon plaisir. Il n'y a de liberté, il n'y a de sécurité que sous le régime de la loi et le règne de la justice. Voilà pourquoi j'ai maintenu tout ce qui précède.

CHAPITRE X

De la responsabilité des fonctionnaires en Angleterre, aux États-Unis, en Belgique, en Prusse, etc.
De l'influence que le régime administratif a exercée sur nos idées et nos mœurs politiques.

Le procès que je viens de raconter éveille naturellement le souvenir d'un autre procès qui s'est jugé il y a environ un siècle en Angleterre.

En 1763, John Wilkes, pamphlétaire virulent et homme d'assez mauvaises mœurs, avait, dans son journal satirique *le North-Briton*, grossièrement outragé le roi Georges II. Sur l'ordre de lord Grenville, chef du cabinet, des poursuites furent commencées ; et un secrétaire d'État décerna un mandat *de recherche et d'arrestation*. Mais, contrairement à la loi, ce mandat était général (*general warrant*) ; c'est-à-dire qu'il n'était pas nominatif, et prescrivait seulement aux officiers publics d'arrêter les auteurs et complices de la publication incriminée.

On fit fausse route d'abord, et plusieurs personnes étrangères au *North-Briton* furent incarcérées ; jusqu'à ce qu'enfin Wilkes, dénoncé par l'éditeur du journal comme auteur de l'article, fut arrêté et conduit à la Tour de Londres : copie du

mandat ne lui fut pas même donnée, comme l'exigeait la loi.

Mais, on le sait, la liberté individuelle n'est pas en Angleterre un vain mot : la loi lui a assuré des garanties. Un des amis de Wilkes, averti à temps, pendant qu'on le conduisait à la Tour et qu'on le mettait au secret, obtenait de la cour des plaids communs un *writ d'habeas corpus*, c'est-à-dire une autorisation de faire juger si l'arrestation était légale. Devant cet ordre de justice, les portes de la Tour durent s'ouvrir, et le prisonnier être conduit devant la cour des plaids, dans Westminster-Hall. Là ses moyens de défense furent examinés; et le chef de la cour, sir Charles Pratt (depuis lord Cambden), magistrat habile et indépendant, ordonna, au nom du tribunal, son élargissement en se fondant à la fois sur l'illégalité du *general warrant* et sur la qualité de membre du parlement du prévenu.

Rentré chez lui, Wilkes écrivit aux secrétaires d'État la lettre suivante : « Milords, à mon retour de « Westminster-Hall, où j'ai été relaxé de mon em- « prisonnement à la Tour en vertu d'un mandat de « Vos Seigneuries, je trouve que ma maison a été « pillée, et je suis informé que les objets volés sont « en la possession d'une ou deux de Vos Seigneuries. « J'insiste en conséquence pour que vous les fassiez « rendre sur-le-champ à votre humble serviteur. »

Mais l'affaire n'en resta pas là. Les imprimeurs et toutes les personnes indûment arrêtées en vertu du *general warrant*, obtinrent de la cour des plaids

communs des dommages-intérêts pour emprisonnement *illicite*. Wilkes lui-même intenta une action contre les secrétaires d'État, qui furent condamnés par un verdict du jury à lui payer une indemnité de 200 livres sterling [1].

Ce procès est resté célèbre dans l'histoire politique de l'Angleterre; et la décision du juge Pratt, confirmée plus tard par la cour du banc de la reine, est demeurée un des monuments du droit constitutionnel du pays. Il y a plus de cent ans que cela se passait, et depuis lors jamais la liberté individuelle n'a eu à y subir d'atteinte du même genre.

Le principe de la législation anglaise est, en cette matière, justement le contre-pied du nôtre. Nous avons armé la puissance exécutive, l'administration, non-seulement de toutes les forces de l'État, mais de tous les priviléges, de toutes les garanties imaginables, et nous avons laissé en face d'elle l'individu désarmé, isolé, sans protection et sans défense. Les Anglais, au contraire, en défiance du pouvoir qui a la force, se sont surtout préoccupés de protéger l'individu qui est faible; de garantir ses libertés, sa personne, sa fortune; de le couvrir, selon l'expression qui leur est familière, « de l'armure de la loi. »

Toute leur législation est fondée sur cette noble idée, sur cette fière préoccupation de la dignité et

1. Voy. l'*Angleterre au dix-huitième siècle*, par M. de Rémusat, t. II, p. 131 et s.

de la liberté humaine. Et ils ont trouvé un moyen à la fois très-simple et très-efficace de les mettre à l'abri de toute atteinte : ils ont écrit partout et partout appliqué le principe de la responsabilité des dépositaires du pouvoir.

Depuis le constable jusqu'au premier ministre, tous les fonctionnaires, en Angleterre, sont responsables de leurs actes; responsables, non pas seulement envers le souverain ou envers leur supérieur, mais envers le public : c'est là le point capital.

Les poursuites criminelles contre les ministres ont cessé depuis longtemps d'être en usage. Les Anglais, avec leur esprit pratique, se sont aperçus que la responsabilité politique était la seule effective, et que d'ailleurs elle était, dans la sphère politique, parfaitement efficace et suffisante; mais cette responsabilité politique des ministres n'empêche point les fonctionnaires qui leur sont subordonnés d'être personnellement responsables de leurs actes, et ceux-ci peuvent être traduits directement devant les tribunaux ordinaires, soit au civil, soit au criminel, sans qu'il soit besoin d'aucune espèce d'autorisation préalable, par les particuliers qui prétendent avoir à se plaindre d'eux. Elle n'empêche pas non plus, cela va sans dire, la responsabilité *personnelle* qu'un ministre peut encourir, de son chef, pour un acte qui lui est propre, pour un fait illégal qu'il aurait personnellement commis, pour un ordre illégal qu'il aurait donné. Sous ce

rapport, le ministre est dans la même situation que tous les autres fonctionnaires.

« Si un homme, disait le chef de la cour du banc « du roi, lord Mansfield, accepte un emploi de con- « fiance, qui intéresse le peuple et l'État, *surtout* « *s'il reçoit un salaire* pour ses services, il est « responsable devant les tribunaux de tous ceux « de ses actes qui seraient contraires aux devoirs de « on emploi[1]. »

Le principe admis par les juges, en pareille matière, est même que tout acte illégal commis par un fonctionnaire est censé commis *malo animo*. Comme l'ignorance de la loi ne peut être alléguée à aucun degré par celui qui a pour mission de la faire exécuter, la présomption est qu'il a agi *par malice*. Il résulte de là que la responsabilité est essentiellement personnelle, et qu'un fonctionnaire ne peut jamais s'y soustraire en alléguant pour sa justification les ordres qu'il a reçus. C'est une des maximes les plus fermes du droit anglais, qu'un fonctionnaire ne doit pas obéir à un ordre illégal.

Des lois récentes ont néanmoins mitigé la rigueur de cette législation, surtout en ce qui touche les fonctions gratuites et particulièrement celles des juges de paix. On sait que les juges de paix anglais (qui n'ont guère que le nom de commun avec les nôtres) remplissent des fonctions très-importantes et très-

1. Cité par M. Dareste, *De la Justice administrative en France*, p. 522.

diverses, les unes judiciaires, les autres administratives, toutes également gratuites. Une loi nouvelle a décidé qu'à leur égard la présomption de malice ne serait pas admise. Ils ne peuvent être poursuivis au criminel que si l'intention de nuire est prouvée; en ce cas seulement, l'accusation, accueillie par le grand jury, est portée devant le jury de jugement. La responsabilité civile est soumise à des restrictions analogues.

Les constables sont aussi responsables, lorsqu'il est prouvé qu'ils ont agi avec intention mauvaise. Mais on a admis, par exception, que le constable est couvert par la responsabilité du supérieur dont il a exécuté les ordres[1].

Est-il vrai, comme on l'entend dire quelquefois, que ce système, en subordonnant l'administration à la justice, paralyse le pouvoir central? Tous ceux qui connaissent l'Angleterre savent qu'il n'en est rien. Dans son domaine propre, l'administration y jouit de toute l'indépendance dont elle a besoin; la loi déclare formellement que les actes du pouvoir discrétionnaire ne donnent lieu à aucune responsabilité : c'est toujours là la distinction fondamentale, et qu'il ne faut pas perdre de vue. Ce qui est vrai, c'est que l'administration anglaise professe pour le public, pour la liberté des citoyens, un respect qu'ignore la nôtre. Les fonctionnaires anglais se consi-

1. Voyez pour plus de détails, l'excellent ouvrage que j'ai déjà cité de M. Dareste, *la Justice administrative en France*, p. 522 et s.

dèrent comme étant dans la dépendance du public, non moins que dans celle de leurs chefs : de là une réserve, un scrupule dans l'exercice de leur pouvoir, qui ne font qu'accroître leur autorité morale. On ne voit point chez eux ces intempérances et ces excès de zèle qui se voient si souvent ailleurs. « Cette sage « réserve est commandée aux dépositaires de l'au- « torité publique par le désir d'échapper à la res- « ponsabilité que l'action leur imposerait. Dans un « régime où les fonctionnaires répondent de leurs « actes devant les tribunaux de droit commun, il « arrive naturellement que chaque autorité, voulant « toujours agir en connaissance de cause, restreint « elle-même dans de justes limites le cercle de son « action. En l'absence de cette responsabilité réelle, « on n'arrivera jamais à un tel résultat[1]. »

1. Le Play, *la Réforme sociale en France*, t. III, p. 348.— Il s'est rencontré cependant des jurisconsultes qui, comparant la législation anglaise sur la liberté individuelle à la législation française, ont fait remarquer que celle-ci, rédigée en termes clairs et précis qui ne laissent aucune place à l'arbitraire, pose des principes bien plus protecteurs; qu'elle détermine bien plus nettement les cas où un citoyen peut être arrêté, et met à cette arrestation des conditions plus sévères; tandis que la loi anglaise, amas confus de dispositions incohérentes accumulées depuis des siècles, laisse aux juges, aux simples constables même, une grande latitude d'arbitraire; autorise ces derniers en beaucoup de cas à forcer le domicile des citoyens, et à les mettre sous la main de la justice non-seulement dans le cas de délit flagrant, mais même dans nombre de cas où il ne s'élève contre eux que de simples soupçons. Et là-dessus, ces jurisconsultes concluent que la liberté individuelle est bien mieux garantie

Je n'ai pas besoin de dire qu'aux États-Unis les choses se passent comme en Angleterre : tout citoyen a le droit de poursuivre un fonctionnaire

en France qu'en Angleterre, et que loin d'avoir rien à envier sous ce rapport à nos voisins, nous avons au contraire des exemples à leur offrir[1]. — En fait, la remarque est juste ; mais la conclusion qu'on en tire est fausse. On a raison quand on dit que la législation anglaise est souvent un chaos de dispositions surannées, parfois draconiennes, que n'a ni épurées ni coordonnées l'esprit philosophique moderne si fortement empreint dans nos lois françaises. On n'oublie qu'une chose : c'est que, en Angleterre, la pratique corrige la plupart de ces vices ; et, pour ne parler que de la liberté individuelle, on oublie cette admirable garantie de l'*habeas corpus* qui n'a aucun équivalent en France ; on oublie surtout cette suprême sauvegarde qui, à elle seule, vaut toutes les autres, la responsabilité des fonctionnaires.

Nous avons de belles et bonnes lois, mais nos fonctionnaires peuvent les violer impunément. Les Anglais ont de mauvaises lois, mais leurs fonctionnaires les appliquent avec discrétion, avec réserve, avec un respect profond de la liberté des citoyens ; par cette excellente raison que chacun d'eux répond de ses actes. Un constable peut forcer le domicile d'un citoyen, l'arrêter, le mener devant le juge : cela est vrai ; mais si le constable a agi avec mauvaise intention ; s'il a commis un acte arbitraire, le juge peut, sans désemparer, sur la plainte du citoyen arrêté, condamner le constable et l'envoyer en prison à la place du prévenu. Des deux peuples, quel est le mieux protégé ? J'estime que c'est le peuple anglais. Les lois écrites ne sont rien ; l'application est tout. Les principes sont lettre morte, là où les garanties manquent. Donnez-moi la responsabilité des fonctionnaires, et je vous tiens quitte du reste. Donnez-moi l'*habeas corpus*, et je vous dispense de tant de philosophie.

1. Discours de M. l'avocat général Blanche, à l'audience de rentrée de la Cour de cassation, 3 novembre 1868.

devant les tribunaux; tout tribunal a le droit de condamner un fonctionnaire prévaricateur. Le fonctionnaire en Amérique est, moins encore qu'en Angleterre, asservi à une discipline hiérarchique; il obéit bien plus à la loi qu'à un supérieur (c'est justement le contre-pied du système français) : de là la conséquence naturelle que toute partie intéressée doit avoir le droit, s'il a violé la loi à son détriment, de demander une réparation aux juges.

« Ce n'est pas, remarque Tocqueville à ce sujet, « accorder un privilége particulier aux tribunaux « que de leur permettre de punir les agents du pou- « voir exécutif, quand ils violent la loi : c'est leur « enlever un droit naturel que de le leur défendre.

« Il ne m'a pas paru, ajoute-t-il, qu'aux États- « Unis, en rendant tous les fonctionnaires respon- « sables des tribunaux, on eût affaibli les ressorts « du gouvernement. Il m'a semblé, au contraire, « que les Américains, en agissant ainsi, avaient « augmenté le respect qu'on doit aux gouvernants, « ceux-ci prenant beaucoup plus de soin d'échapper « à la critique.

« ... La même expérience peut se faire tous les « jours en Angleterre.

« Ces deux peuples n'ont pas cru avoir assuré leur « indépendance en permettant la mise en jugement « des principaux agents du pouvoir. Ils ont pensé « que c'était bien plutôt par de petits procès, mis « chaque jour à la portée des moindres citoyens, « qu'on parvenait à garantir la liberté, que par de

« grandes procédures auxquelles on n'a jamais re-
« cours ou qu'on emploie trop tard [1]. »

Quand on ramène les yeux sur le continent européen, le spectacle est tout autre. Je ne parle pas des temps qui ont précédé la Révolution française : ces vieilles franchises, ce respect de la liberté individuelle qui étaient dans les traditions séculaires de la race anglo-saxonne, et que les puritains de la Nouvelle-Angleterre avaient transplantés sur les plages de l'Amérique, l'Europe continentale les ignorait, ou les avait perdus. On put croire, on crut en 1789 que les libertés du citoyen, restaurées par la France, allaient faire la conquête du monde. Sait-on quel est, jusqu'à ce jour, l'article de nos constitutions qui a fait en Europe, depuis soixante et dix ans, la plus belle fortune? C'est l'article 75 de la Constitution de l'an VIII.

L'Espagne et l'Italie l'ont adopté. La plus grande partie de l'Allemagne a fait de même [2]. Dès 1806,

1. Tocqueville, *De la Démocratie en Amérique*, première partie, chap. VI.

2. Il faut dire toutefois qu'en plusieurs de ces pays, en Italie notamment, si les poursuites criminelles contre les fonctionnaires ne peuvent avoir lieu qu'avec l'autorisation du gouvernement, le même empêchement n'est pas opposé à l'action civile; et un particulier, lésé par un abus de pouvoir, a toujours le droit, sans aucune permission préalable, de demander aux tribunaux ordinaires la réparation du dommage qu'il a souffert. C'est là une atténuation considérable au principe, et dans la pratique d'une très-grande conséquence. De ce côté, la jurisprudence française, en interprétant la loi de l'an VIII, a poussé le privilége jusqu'aux dernières limites.

la loi autrichienne interdisait aux tribunaux d'accueillir aucune action, même civile, dirigée contre un fonctionnaire à raison de ses fonctions.

Rien de plus naturel que ce fait. L'idée de l'article 75 était heureuse ; elle méritait le succès qu'elle a eu auprès des gouvernements despotiques. Il ne se peut rien imaginer de plus ingénieux et de plus commode, de plus simple et de plus efficace à la fois pour assurer l'omnipotence du pouvoir. C'est un admirable engin de despotisme, déguisé sous toutes sortes de belles apparences et de raisons spécieuses. Comment s'étonner qu'il ait fait le tour de l'Europe?

Une seule monarchie (et ce n'est pas pour elle un médiocre honneur) a repoussé cette institution, ennemie de la liberté civile : c'est la Belgique[1].

J'ajoute que la Prusse, qui l'avait adoptée, vient de la supprimer[2].

La France a volontiers la vanité de croire qu'elle

1. L'article 24 de la Constitution belge porte : « Nulle autorisation préalable n'est nécessaire pour exercer des poursuites contre les fonctionnaires publics pour faits de l'administration, sauf ce qui est statué à l'égard des ministres. » — Une loi spéciale règle ce qui concerne la responsabilité des ministres.

2. Cette suppression, promise par la Constitution du 31 janvier 1850, a été réalisée par la loi du 13 février 1854. On a seulement borné à trois ans la durée de l'action en responsabilité. — L'Espagne elle-même vient d'en faire autant. Sa nouvelle Constitution de 1869 statue (art. 39) que les fonctionnaires sont responsables, et peuvent être poursuivis, sans autorisation préalable, devant les tribunaux ordinaires.

est toujours à la tête des nations. C'est la Prusse qui lui donne aujourd'hui des leçons de libéralisme.

En France, nous faisons des révolutions ; nous ne savons pas faire les réformes, qui seules préviennent les révolutions. Avec le goût des idées philosophiques, des grandes théories, des généralisations brillantes, nous ne savons pas marcher dans la voie du progrès d'un pas mesuré, prudent et sûr. Nous allons par bonds et par soubresauts, retombant parfois, faute de mesurer notre élan, plus bas que nous n'étions la veille. Nous poursuivons le chimérique, et nous négligeons le possible. Nous sommes hardis en théorie, gauches et mal habiles dans la pratique ; nous avons des témérités folles et des timidités inconcevables. On peut dire qu'il n'y a pas de peuple qui soit aussi révolutionnaire et en même temps aussi routinier que nous.

Un de nos grands défauts, défaut développé en nous par la vieille monarchie, c'est que nous ne savons pas même défendre notre droit, et user des armes légales qui sont dans nos mains. Nous avons, en France, la peur et l'idolâtrie du pouvoir ; je ne dis pas le respect de la loi, ce qui est bien différent. Les Anglais ont le respect de la loi et de l'autorité légale. Quoique violents par nature, ils n'opposent jamais la force à un acte illégal, parce qu'ils savent bien que les tribunaux leur rendront justice ; mais jamais non plus ils ne subissent, par faiblesse ou par crainte, une injustice, une atteinte portée à

leur droit. Nous autres Français, nous descendons volontiers dans la rue, c'est notre mot; nous faisons volontiers des émeutes; pour un rien, nous en appelons à la force brutale et nous jetons un gouvernement à bas. Mais dans la vie ordinaire, et comme individus, nous tremblons devant l'autorité. Une longue habitude d'être protégés, dirigés par l'administration, nous a façonnés à l'obéissance. Tout ce qui revêt les insignes du pouvoir nous impose. Devant un acte de l'autorité, notre premier mouvement est de courber la tête, cet acte fût-il cent fois illégal, arbitraire, oppressif. Alors même que notre droit n'est pas douteux, nous ne savons ni l'invoquer, ni le soutenir. Un homme qui tienne tête à l'autorité, qui défende son droit par les voies légales, — en France, — c'est une rareté [1].

Cette remarque a été faite bien des fois, et les étrangers s'en sont souvent étonnés: « Une des condi-« tions nécessaires au maintien de cette espèce de « liberté qui exclut tout pouvoir arbitraire, est que « le peuple soit toujours prêt à prendre parti pour « le faible opprimé contre l'oppresseur puissant. « Madame de Staël remarque, en parlant des Fran-« çais de son temps, qu'ils aperçoivent toujours « immédiatement où est le pouvoir, et qu'ils se « rangent toujours de ce côté-là. On peut se con-

1. « Intrépide devant l'ennemi, le Français ne l'est pas devant l'autorité, même la plus injuste. Rien n'égale la patience de ce peuple qui se croit libre... » Joseph de Maistre, *Considérations sur la France*, chap. VIII.

« vaincre de la vérité de cette observation en consi-
« dérant les événements de la Révolution, et ce qui
« arrive chaque année en France. La qualité essen-
« tielle à la liberté est diamétralement opposée à
« ce penchant du Français. Le peuple doit avoir une
« défiance continuelle du pouvoir ; et lorsqu'un in-
« dividu quelconque est injustement opprimé, s'a-
« percevoir que la cause de cet individu est celle de
« la nation entière.

« Telle est, et telle fut la conduite du peuple an-
« glais. La sympathie seule du peuple a pu donner
« à Hampden tant d'importance et de célébrité,
« pour avoir refusé le payement de quelques schel-
« lings au trésor. Ce fut l'emprisonnement d'un
« certain M. Francis Jenkes, pour avoir fait un dis-
« cours patriotique au conseil municipal de Lon-
« dres, qui donna lieu à l'acte d'*habeas corpus*.
« M. Wilkes, quoique détesté et méprisé par tous
« les honnêtes gens, fut défendu par tous ceux qui
« aimaient leur pays, lorsqu'on eut recours à des
« mesures arbitraires pour l'opprimer. Il obtint
« enfin des dédommagements considérables, aux-
« quels furent condamnés les ministres qui avaient
« abusé de leur pouvoir, et mit fin pour toujours
« aux ordres généraux d'arrestation[1]. »

Le sentiment et le respect du droit, l'amour et le besoin de la justice, c'est là en effet la condition pre-

1. *Essai sur la Constitution anglaise*, par lord John Russel, chap. xx.

mière de la liberté. Heureux les peuples qui ont su ne les oublier jamais; chez qui les institutions politiques n'en ont pas faussé l'idée, effacé la tradition!

Ce sentiment du droit, profond dans les races germaniques, a triomphé de bonne heure, en Angleterre, où la centralisation romaine avait laissé d'ailleurs peu de traces; il y a grandi, il s'y est conquis d'inexpugnables garanties, pendant que, sur le continent et particulièrement en France, il était, vers la même époque, étouffé par le despotisme.

Tandis que la loi de l'*habeas corpus* assurait aux Anglais la liberté individuelle, tandis que la justice s'instituait chez eux sur la base indépendante et inébranlable du jury, — en France, la maxime étroite et dangereuse s'établissait que « Toute justice émane du roi; » et la royauté, absorbant peu à peu en elle tous les pouvoirs et tous les droits, il arrivait que, dans la société française, il n'y avait de droits que ceux qu'il plaisait au souverain de reconnaître; il n'y avait de justice que celle qu'il lui plaisait de rendre ou de laisser rendre.

« Laissez passer la justice du Roi! » Cette vieille formule du moyen âge est entrée si profondément dans les esprits, qu'elle semble encore peser sur nous. Nous avons peine à comprendre une justice indépendante du souverain et tenant au besoin son pouvoir en échec. Le préjugé est entré dans notre chair : nous avons pris le pli; nous ne pouvons plus nous relever et redresser la tête comme des hommes libres.

Les parlements avaient essayé de maintenir leur indépendance en face du pouvoir royal; mais les parlements avaient été matés et brisés.

La Révolution eût dû, ce semble, réformer nos idées sur ce point. Il n'en fut rien (et c'est là une des plus tristes réflexions que suggère notre histoire). L'idée du droit, l'idée de la justice a été plus méconnue, plus foulée aux pieds, plus noyée dans le sang, par nos gouvernements révolutionnaires, qu'elle ne l'avait jamais été par le gouvernement des rois. Après le court réveil de 1789, la France est retombée sous l'absolutisme, sous la théorie de l'État souverain. Toute la différence était que le souverain s'appelait Convention. La France trembla devant ce cri : « Laissez passer la justice du peuple ! » comme elle avait jadis tremblé devant la justice du roi.

En même temps que la Révolution achevait ainsi d'obscurcir dans les esprits la notion du droit et de plier les âmes sous l'omnipotence du pouvoir, elle achevait de détruire en France le peu qui restait de vie locale, d'institutions indépendantes; elle abolissait partout, par amour de l'unité, de l'uniformité, les traditions et les coutumes. Elle faisait en un mot table rase de la société ancienne, croyant travailler pour la liberté, travaillant en effet pour le despotisme.

Quand l'Empire vint, il trouva le terrain merveilleusement préparé et nivelé : rien ne restait debout, qui pût lui opposer une ombre de résis-

tance [1]. En réorganisant l'administration, il la centralisa énergiquement pour la rendre plus active et plus forte. En reconstituant le pouvoir judiciaire, il eut soin de lui donner de l'éclat sans indépendance; il le subordonna à l'administration [2].

C'est ainsi que, malgré la grande rénovation de 1789, malgré la destruction de l'ancien régime et la solennelle proclamation des droits du citoyen, ni le sentiment du droit, ni l'idée de la justice conçue comme pouvoir supérieur et indépendant, n'ont pu renaître et prendre racine dans les esprits. L'Empire nous a remis dans l'ancienne ornière. Nous avons les idées, les goûts, les aspirations de la liberté; nous avons les mœurs et les habitudes de l'ancien régime.

On peut même ajouter que, depuis cinquante ans, l'état des choses et la disposition des esprits n'ont

1. « La Révolution n'a laissé debout que des individus, et la dictature qui l'a terminée a consommé sous ce rapport son ouvrage. De la société en poussière est sortie la centralisation. Elle nous a faits un peuple d'administrés, sous la main de fonctionnaires irresponsables, centralisés eux-mêmes dans la main du pouvoir dont ils sont les ministres. » Royer-Collard, *Discours* du 22 janvier 1822.

2. Un magistrat éminent, qui est mort président de la cour de cassation, et qui était avocat général à Grenoble en 1815, M. Bérenger, nous a raconté un curieux entretien qu'il eut avec Napoléon à son retour de l'île d'Elbe : « La Cour a-t-elle du crédit dans le ressort? demanda Napoléon? — Non, sire. — Pourquoi non? — Les corps judiciaires n'ont plus d'influence. L'autorité administrative absorbe tout. — Comment cela? — Sire, un maire de village est plus puissant qu'un premier président. Les préfets ont un pouvoir si extraordinaire que bientôt la justice ne s'administrera plus

fait, sous ce rapport, qu'empirer. La subordination de la magistrature à l'administration s'est accrue de jour en jour, par des causes diverses [1]. Dans toutes les directions, à tous les degrés de l'échelle, la machine administrative a acquis plus de puissance, plus de rapidité, plus de sûreté; et partout elle trouve une obéissance plus prompte et plus absolue. Du centre aux extrémités, la volonté du pouvoir vole, rapide comme la pensée, sur les fils du télégraphe. En même temps que les procédés de l'administration se perfectionnaient, son cercle d'action s'est étendu. Elle touche à plus d'affaires, à plus d'intérêts qu'autrefois. Ses agents sont plus nombreux et mieux disciplinés. Le lien hiérarchique est plus étroit. Le premier, j'ai presque dit, le seul devoir du fonctionnaire est d'obéir : la loi de l'obéissance est, en quelque

que sous leur direction... L'exercice de la police générale, en leur donnant la faculté de substituer l'arbitraire à la loi, leur permet de se mettre au dessus d'elle. — Mais les Intendants n'avaient-ils pas aussi autrefois une grande autorité? — Il n'y avait alors d'autre police que la police judiciaire : elle appartenait tout entière aux procureurs généraux, alors plus indépendants qu'ils ne le sont aujourd'hui.— Tout cela est vrai, dit l'empereur. J'ai souvent remarqué qu'il y avait entre l'administration et les corps judiciaires quelque chose qui n'allait pas, un certain froissement. Oui, les préfets ont une grande autorité... Siméon et Treilhard craignaient toujours que les cours n'inclinassent à recouvrer les anciennes prérogatives des parlements, et l'on ne trouvait rien de mieux à leur opposer que les préfets. Oui, cela a besoin d'être revu... » (Cité par Bavoux, *Traité des Conflits*, introduction.)

1. Je reviendrai sur ce sujet au chapitre suivant.

sorte, la seule loi qu'il ait besoin de connaître [1].

Un tel système est moins funeste par les petits abus qu'il encourage ou couvre de l'impunité, que parce qu'il abaisse les mœurs, tue l'esprit politique chez une nation, la plie à la servitude administrative, et lui ôte, avec le sentiment de droit, jusqu'à la conscience de son asservissement. Il diminue l'idée de la justice, en l'abaissant devant l'arbitraire du pouvoir. Il démoralise à la fois les administrés, dont il fait un troupeau, et les administrateurs, qu'il habitue à mettre le zèle au-dessus du respect de la loi.

1. Ce système de l'obéissance passive des fonctionnaires a bien, politiquement, quelques dangers. Voici ce qu'en dit un des défenseurs du privilége administratif :

« Le gouvernement s'est plu à ne voir dans les fonction-
« naires que les serviles agents de sa volonté, dépourvus
« d'indépendance individuelle et privés de libre arbitre. On
« a introduit dans les services l'obéissance aveugle qui, dans
« l'armée même, n'est pas sans limites. Qu'en est-il résulté?
« La centralisation ainsi comprise a fourni au pouvoir cen-
« tral, et à ce que, dans la polémique des partis, on appelle
« Paris, le moyen de tenir la France sous le joug. Un ordre
« parti du siége du gouvernement n'éprouve, quelle qu'en
« soit la source, aucune résistance. Pour entrer en posses-
« sion de toute la puissance publique, il ne faut que devenir
« maitre de la capitale, s'emparer des ministères *et disposer*
« *des télégraphes.* » Vivien, *Etudes administratives*, I, p. 76.

CHAPITRE XI

Du pouvoir judiciaire. — Des conditions nécessaires à son indépendance.
De l'état actuel de la magistrature en France.

J'ai essayé d'établir dans le 1er chapitre de cet ouvrage et de confirmer, dans les développements qui ont suivi, cette vérité trop peu comprise, que la justice n'est pas seulement le premier besoin des sociétés humaines, qu'elle est aussi la condition nécessaire et la garantie indispensable de la liberté civile : si bien qu'il est exactement vrai de dire que plus la justice est indépendante, respectée, plus elle a d'autorité chez un peuple, et plus ce peuple est avancé dans les voies de la liberté.

La liberté de tous, en effet, se compose de la liberté de chacun ; et la liberté pour chaque individu n'étant que le légitime développement de ses facultés, il est clair qu'elle suppose comme première et nécessaire condition le respect du droit de chaque individu. En d'autres termes, la liberté c'est le droit ; ce droit naturel, inviolable, « sans lequel, disait « Royer-Collard, il n'y a rien sur la terre qu'une vie « sans dignité et une mort sans espérance. » Or,

droit et justice sont deux termes inséparables : il n'y a de droit, j'entends de droit effectif et vivant, que celui qui est protégé, garanti par la justice.

Ce sont là des principes que personne ne conteste en théorie ; mais il est étrange combien on les oublie et on les méconnaît dans la pratique.

A quelles conditions cette grande fonction sociale de la justice peut-elle être sérieusement et efficacement remplie? En France, à l'heure qu'il est, le pouvoir judiciaire est-il placé dans ces conditions?

Tout le monde s'accorde à reconnaître que l'administration de la justice est, en France, admirablement organisée. La système hiérarchique des diverses juridictions, s'élevant depuis les justices de paix, par les tribunaux de première instance et les cours imperiales, jusqu'à la cour de cassation, est une grande conception que plusieurs peuples nous ont empruntée. Par là, la justice, partout présente et toujours active, est accessible à tous les citoyens. Par là aussi elle est peu coûteuse, quoiqu'elle puisse encore l'être moins. Sous ce double rapport la France est en avance sur l'Angleterre. Elle l'est encore par cette belle institution du ministère public, qui personnifie la société dans une de ses aspirations les plus élevées, la recherche désintéressée de la justice et le maintien vigilant de l'ordre.

Mais en rendant hommage aux beaux côtés de notre système judiciaire, il est bien permis sans doute de signaler les points par où il pèche et de demander qu'on y porte remède. Je ne parle plus ici

des juridictions exceptionnelles et des priviléges qui restreignent ou paralysent la justice ordinaire. Je me demande si la magistrature française, considérée en elle-même, est constituée dans des conditions qui assurent suffisamment son autorité et sa liberté d'action? Son organisation, son mode de recrutement offrent-ils toutes les garanties désirables? Son indépendance est-elle aussi protégée qu'elle devrait l'être? Son impartialité, par suite, est-elle toujours, dans toutes les affaires, particulièrement dans celles où se mêle un intérêt politique, autant à l'abri du soupçon qu'il le faudrait pour sa dignité, pour son autorité morale et le respect dû à ses arrêts?

Il y a en cette matière, de vieux préjugés qu'il faut avant tout écarter.

C'était une maxime de notre ancien droit que « Toute justice émane du roi; » et aujourd'hui encore il n'est pas rare de l'entendre invoquer comme un principe[1].

Cette vieille maxime, tombée en oubli pendant la Révolution, fut exhumée par les légistes de la Restauration, et inscrite comme un principe constitutionnel, dans l'art. 57 de la charte de 1814. Ce qui est plus étrange, c'est qu'elle passa, inaperçue en quelque sorte et incontestée, dans l'art. 48 de la charte de 1830.

Sous l'ancienne monarchie, cet aphorisme avait un sens très-clair et très-logique. Il datait du moyen

1. J'ai déjà eu occasion (chap. III) de réfuter une théorie qui prétend fonder sur cette maxime la justice administrative.

âge et des longues luttes de la royauté contre les juridictions féodales. A cette époque de violence et d'anarchie, il avait été la protestation de la souveraineté contre l'indépendance des grands vassaux ; il avait été la revendication du droit royal, du droit de la couronne, contre le droit seigneurial, contre le droit de la terre. Le roi seul représentait la souveraineté, l'idée supérieure du droit, de la justice, de la loi : à lui seul donc appartenait le pouvoir de juger. Et, s'il en concédait ou en déléguait en partie la fonction, il y avait toujours réserve du droit d'appel devant sa juridiction suprême. — Telle était du moins la théorie des légistes ; et il faut ajouter que la maxime « Toute justice émane du roi » était alors une protection pour le faible contre le puissant, une garantie contre les juridictions privilégiées et l'arbitraire féodal.

Plus tard, quand la royauté eut vaincu et définitivement subordonné la puissance féodale, la maxime resta vraie en ce sens que, la souveraineté entière résidant toujours et plus que jamais dans la personne du roi, il était logique de dire que la justice émanait de lui, comme la loi émanait de lui, comme l'administration émanait de lui. Pouvoir législatif, pouvoir exécutif, pouvoir judiciaire, il était la souche unique d'où sortaient ces trois branches de la souveraineté ; avec cette restriction seulement qu'il *déléguait* plus spécialement à des officiers particulies la fonction de juger, et qu'il l'avait même en partie aliénée par la vénalité des charges de judica-

ture. Mais, en dépit de cette délégation plus ou moins étendue, on tenait toujours pour constant que, le roi étant le principe et la source de toute justice, avait toujours *la plénitude de juridiction;* et c'est en vertu de ce principe que le roi se réservait le jugement de certaines affaires, comme le contentieux administratif, et s'attribuait le droit de casser *en son conseil* les arrêts de justice.

Mais aujourd'hui, mais depuis 1789, et dans le droit politique moderne, quel sens et quelle valeur peut avoir cette maxime?

La souveraineté ne réside plus tout entière sur la tête du roi: le roi n'est plus que le chef du pouvoir exécutif, le chef du gouvernement. La souveraineté réside dans la nation, et elle se partage en trois pouvoirs, qui sont: le pouvoir exécutif confié au roi; le pouvoir législatif déféré au parlement; le pouvoir judiciaire exercé par des magistrats spéciaux.

Comment donc comprendre, dans un tel système (et même sous les chartes de 1814 et de 1830), qu'on pût regarder la justice comme émanant du roi? Comment cette vieille maxime pouvait-elle se concilier avec le principe nouveau, admis comme base de notre Constitution, de la séparation des pouvoirs?

Si le pouvoir judiciaire *émanait* du pouvoir exécutif, il lui serait subordonné; il cesserait d'être indépendant. Le pouvoir exécutif pourrait le limiter, le restreindre, le suspendre ou le retirer à son gré, en retenir tout ou partie, en changer les conditions

et les règles. Cela n'est pas, cela ne peut pas être : cela serait la négation même du principe qui veut que les pouvoirs soient séparés et distincts. Et la preuve que cela n'est pas, c'est que le magistrat est inamovible. L'inamovibilité l'investit d'un pouvoir propre, dont il est seul maître et maître souverain.

Veut-on dire seulement, par là, que les juges sont nommés par le roi? Mais ce n'est que la désignation et en quelque sorte l'investiture qui émane du roi; ce n'est pas la justice, ce n'est pas le pouvoir judiciaire. Une fois nommé, le magistrat ne relève plus ni du roi ni de personne; il ne relève que de la loi et de sa conscience. En ce sens la maxime est vraie; mais la réduire à ce sens étroit, c'est lui ôter toute sa portée.

Enfin signifie-t-elle que la justice se rend au nom du roi, du souverain; que l'exécution des arrêts a lieu en vertu de l'autorité royale? — Cela est vrai encore; mais l'exécution des arrêts est essentiellement distincte du pouvoir de rendre les arrêts. Que l'autorité, aux mains de qui la force publique a été remise, prête main-forte aux mandements de la justice; rien de plus simple : cela est proprement du domaine et de la fonction du pouvoir exécutif. Comme il exécute les lois portées par le pouvoir législatif, il exécute les sentences rendues par le pouvoir judiciaire. Il n'y a rien là qui ressemble à la théorie de l'ancien droit.

Il faut donc décidément renoncer à ce vieux brocard du droit monarchique. Si la royauté légitime

de 1814 était dans son rôle en essayant de le ressusciter, il n'avait plus de sens après 1830, quand la souveraineté nationale était proclamée [1]. Il a encore moins de sens aujourd'hui ; et la Constitution de 1852 a eu le bon esprit de le rejeter, et d'écrire tout simplement dans son article 7 : « La justice se rend au nom de l'Empereur. »

La justice est une émanation, une part de la souveraineté, comme le pouvoir exécutif, comme le pouvoir législatif. La souveraineté, qui était autrefois dans le roi, étant aujourd'hui dans la nation, le vieil axiôme « Toute justice émane du roi » doit être remplacé par celui-ci : « Toute justice émane de la souveraineté nationale, » comme en émane le parlement, comme en émane l'autorité du chef du gouvernement.

Il importe peu que la nomination des juges soit attribuée au pouvoir exécutif [2]. C'est là un détail

1. La Constitution belge s'est tenue bien plus dans la vérité et la logique, que notre charte de 1830. Elle n'a point répété ce vieil adage que « la justice émane du roi ; » elle n'a point posé la séparation des pouvoirs en théorie, pour la fausser indirectement dans la pratique ; elle l'a mise nettement, franchement dans les institutions ; elle l'a fait passer directement dans les faits. Son titre III porte : art. 25. « *Tous les pou-* « *voirs émanent de la nation.* Ils sont exercés de la manière « établie par la Constitution. — Art. 26. *Le pouvoir législatif* « s'exerce collectivement par le roi, la chambre des repré- « sentants et le sénat. — Art. 29. Au roi appartient le pou- « voir exécutif.... Art. 30. *Le pouvoir judiciaire est exercé* « *par les cours et tribunaux.* Les arrêts et jugements *sont* « *exécutés au nom du roi.* »

2. La conséquence rigoureuse du principe serait, ce sem-

d'organisation, qui peut être diversement réglementé dans l'application. Mais, à le prendre tel qu'il existe en France, ce n'est toujours là, il faut le répéter, qu'un choix et une investiture : c'est

ble, que les juges doivent être élus, comme les députés, par le suffrage populaire. En 1790, l'Assemblée constituante, entraînée par ses théoriciens, fut de cet avis; c'est aussi le système qui a été adopté par plusieurs des nouveaux États de l'Amérique du Nord; et parmi nous, les partisans de la démocratie radicale et de la souveraineté du peuple défendent quelquefois cette thèse.

Quand on ne considère que le principe de la souveraineté du peuple, quand on lui immole tous les autres principes, il est très-certain que la logique mène là. Elle exige même, non-seulement que les juges soient élus, mais qu'ils soient temporaires; car le peuple ne peut être vraiment souverain qu'à la condition que tous les pouvoirs qu'il délègue reviennent au bout d'un temps dans sa main, et que les fonctionnaires qu'il en a investis subissent souvent son contrôle. La souveraineté est inaliénable, même viagèrement.

Mais il n'y a pas qu'un seul principe dans l'ordre social. En face de la souveraineté du peuple, il y a la liberté individuelle, le droit du citoyen. Les logiciens à outrance n'oublient que cela : c'est l'éternel sophisme signalé par Montesquieu, et qui consiste à confondre le pouvoir du peuple avec la liberté. La souveraineté du peuple est légitime, mais la liberté du citoyen est sacrée ; et la première ne peut s'exercer qu'à la condition de respecter la seconde. Si le droit individuel n'est pas respecté, la souveraineté populaire ne sera que la tyrannie d'une majorité, un despotisme olygarchique, cent fois pire que le despotisme d'un seul.

Or, je crois l'avoir suffisamment montré, la liberté individuelle ne peut être garantie que par une justice indépendante; et la justice ne peut être indépendante que lorsque les magistrats sont inamovibles. Il faut que le juge, sur son siége, n'ait rien à redouter ni des menaces du pouvoir, ni des ressentiments des justiciables, ni des caprices de la multitude. — Mettre les juges dans la main du peuple, c'est faire entrer

une désignation de personnes, ce n'est point du tout une délégation de pouvoirs ; car on ne peut déléguer que les pouvoirs que l'on a, et le chef de l'exécutif n'a en aucune façon et à aucun degré le droit de juger.

la politique, l'esprit de parti, les passions de chaque jour dans la justice. Or la justice ne doit rien avoir de commun avec la politique ; elle est faite pour résister aux passions ; elle a besoin, pour maintenir le règne de la loi, d'être en dehors et au-dessus des agitations de la rue.

L'expérience confirme ce que dit la raison. Ce système n'a jamais donné que de détestables résultats dans la pratique. Ce ne sont pas les hommes modestes et éclairés, dignes et indépendants, que va chercher la faveur populaire : ce sont les ambitieux vulgaires, les ignorants présomptueux ; ce sont les orateurs de club, ceux qui flattent les vices, les utopies, ou les préjugés de la foule. « Dans les États (d'Amérique) où on a décidé qu'il y aurait des juges pour cinq ans, ce sont les avocats sans causes qui se font nommer. Ils sont charmés de gagner 1000 ou 1500 dollars en devenant juges ; mais ce sont de très-pauvres magistrats... Dans certains États, il y a une loi qui défend l'usage des spiritueux. Cette loi est très-désagréable à certaines parties de la population. Eh bien, on a dit aux juges : « Oui, nous vous nommerons, mais à la condition que vous n'appliquerez pas la loi. » (Ed. Laboulaye, *Histoire des États-Unis*, t. III, p. 491.) — Voilà ce que produit l'élection. Il n'y a plus de justice, quand le juge, courtisan de popularité, est mis dans la dépendance des justiciables. Il n'est plus qu'un esclave honteux, le jouet misérable de ceux dont il mendie les votes.

Il n'y a donc, pour rendre la justice sociale (et hormis le jury, qui est à part), il n'y a de véritables juges que les juges inamovibles. L'élection écartée, il fallait bien les faire nommer au choix ; et ce choix ne pouvant guère se faire par le pouvoir législatif, il fallait bien en charger le pouvoir exécutif, sauf à y mettre des conditions. Mais une fois nommé, le magistrat exerce une autorité qui lui vient, non point du pouvoir exécutif, mais de la souveraineté nationale.

Tout cela n'est que la conséquence rigoureuse du principe de la séparation des pouvoirs. Dérivant tous de la même source supérieure, égaux dès lors en titre, sinon en importance, les trois pouvoirs sont par leur origine et leur nature indépendants l'un de l'autre : aucun d'eux n'émane de l'autre; aucun d'eux ne doit être subordonné à l'autre.

Tel est le sens, telle est la portée de ce principe. Mais j'ai déjà eu occasion de le faire remarquer : Depuis Montesquieu, tout le monde proclame le principe, et il semble que le plus souvent on l'ait mal entendu, ou qu'on ne l'ait pas loyalement appliqué.

On l'a entendu surtout en ce sens qu'il fallait empêcher la magistrature d'intervenir, comme autrefois, dans l'administration. Ce n'était qu'un des côtés de la question. Il fallait aussi, pour que le principe fut respecté, que le pouvoir exécutif n'empiétât point sur le pouvoir judiciaire : et pour cela il fallait que le pouvoir exécutif ne s'arrogeât pas le droit de juger; qu'il ne pût pas empêcher les tribunaux ordinaires de juger; enfin que les magistrats fussent vis à vis de lui dans une indépendance absolue.

Ces trois conditions se réalisent-elles en France? On sait déjà ce qui en est pour les deux premières.

Le pouvoir exécutif s'est-il arrogé le droit de juger? — Oui; cela s'appelle la juridiction administrative. Pour un nombre considérable d'affaires, où les intérêts du gouvernement peuvent être engagés,

le gouvernement a des juges à lui, dépendants de lui ; et de quelque façon que ces tribunaux jugent, il est vrai de dire que par eux c'est le pouvoir exécutif qui juge.

Le pouvoir exécutif empêche-t-il quelquefois, peut-il empêcher arbitrairement les tribunaux ordinaires de juger? — Oui ; cela s'appelle les conflits, et la garantie constitutionnelle des fonctionnaires. Par les conflits, le gouvernement peut enlever aux tribunaux les affaires où il se croit intéressé et les déférer à ses juges administratifs. Par la garantie dite constitutionnelle, il peut interdire soit au ministère public, soit aux particuliers de poursuivre un de ses agents, pour faits relatifs à ses fonctions, et aux tribunaux, saisis de la plainte, de la juger.

Enfin, les magistrats sont-ils du moins, vis à vis du pouvoir exécutif, dans une indépendance suffisamment complète, et qui les garantisse de sa part contre toute influence, toute pression, toute séduction ? — Non ; ils ont l'inamovibilité, mais ils n'ont pas l'indépendance absolue qu'ils devraient avoir. C'est là un point que je n'ai pas eu encore occasion de toucher, et sur lequel il convient de s'arrêter un instant.

Sans nul doute, l'inamovibilité est une garantie considérable pour le magistrat ; elle est la condition nécessaire, la première condition de son indépendance : mais elle n'est pas la seule. Elle ne couvre le magistrat que d'un côté ; elle fait qu'il n'a rien à

craindre du pouvoir, elle ne fait pas qu'il n'ait point beaucoup à en attendre et à en espérer. Son avancement, en effet, dépend tout entier du pouvoir, de lui seul, de sa faveur, de son caprice.

L'avancement, dans la hiérarchie judiciaire, n'est soumis à aucune règle ; il est tout entier laissé à l'arbitraire du ministre : l'ancienneté, les services rendus, ne créent aucun droit positif ; tout est au choix. Une fois nommé, le magistrat ne peut plus, il est vrai, être arraché de son siége ; mais on peut, s'il déplaît, et quel que soit son mérite, le laisser croupir dans un poste inférieur, dans une situation humble, étroite, mal rétribuée. On sait combien en France les fonctions publiques, trop nombreuses, sont mal payées. L'aisance, le bien-être, quelquefois l'existence même d'une famille, sont subordonnés à une question d'avancement. Qu'en résulte-t-il, quand l'avancement dépend uniquement des chefs et du pouvoir ; quand le pouvoir en est le maître absolu, irresponsable, sans limite et sans contrôle ? Il en résulte que, s'il ne peut rien sur les magistrats par la crainte, il peut beaucoup par l'espérance, par l'ambition ; non pas seulement par l'espérance impatiente et l'ambition inavouable, mais par l'espérance la plus légitime et l'ambition la mieux justifiée. Par là, il les tient ; par là, je ne veux pas dire il pèse, mais il peut peser sur leurs délibérations. Alors même qu'il n'y songerait pas, qu'il ne le voudrait pas, la situation pèse toute seule, d'un poids énorme, et tend, lorsqu'il est en cause, à faire pencher la balance en sa faveur.

Il est facile de faire de belles phrases sur le désintéressement, sur le devoir, sur le caractère, qui est la meilleure garantie de l'indépendance : tout cela est vrai ; tout cela a sa force, mais le stoïcisme est rare. Les hommes sont des hommes ; il faut les prendre avec leurs passions, leurs faiblesses, leurs misères ; et on peut dire qu'un système d'organisation est mauvais, imprudent, dangereux, quand, ne tenant pas compte de ces influences, il met ceux qui sont chargés de fonctions publiques entre leur devoir et leur intérêt. En fait, celui qui tient les hommes par l'espérance et l'ambition est plus leur maître que celui qui ne les tient que par la crainte [1].

L'ancienne magistrature avait la plaie de la vénalité ; mais de cette source honteuse étaient sorties des conséquences excellentes. La propriété des charges de judicature leur donnait à la fois la fixité et l'indépendance : le possesseur, qui ne devait rien au pouvoir, n'avait rien non plus ni à craindre ni à espérer de lui.

Quand la nouvelle magistrature fut constituée, on crut assez faire pour son indépendance en demandant, en obtenant du pouvoir (et on peut se rappeler qu'on ne l'obtint pas sans peine) qu'elle

1. « Les magistrats dépendent trop des impressions favo-« rables ou contraires de leurs supérieurs : quiconque a eu « le malheur de déplaire se voit fermer toute chance d'avan-« cement. La politique, qui devrait au moins respecter le « temple de la justice, est trop souvent admise à contrôler « les choix ou à les dicter. » Vivien, *Études administratives*, 1845.

fût inamovible. Peut-être était-ce assez pour le temps. Mais les circonstances ont changé; les mœurs se sont modifiées. Une véritable transformation s'est faite dans la société; les besoins ont grandi avec la richesse : nous n'avons plus rien des goûts, des habitudes de nos pères. Où sont ces modestes magistrats qui vivaient sans ambition et mouraient sans regret, attachés à un siége de juge dans un petit tribunal d'arrondissement? En ce temps-là, c'était une rare fortune d'arriver aux honneurs de la robe rouge : on peut dire que le titre de conseiller était un bâton de maréchal auquel bien peu osaient prétendre. Aujourd'hui, il n'en est plus de même : l'ambition est partout, l'impatience est extrême, les prétentions sont sans mesure. Si on se résigne encore à traverser les grades inférieurs, personne ne se résigne plus à y rester. Tout le monde aspire aux hautes positions; et tel qui n'a jamais fait qu'un médiocre soldat, se plaint de n'être pas à quarante ans maréchal de France.

A l'influence générale des mœurs qui surexcite toutes les ambitions, s'est ajoutée, depuis quinze ou vingt ans, l'influence d'une loi regrettable à plusieurs égards, je veux parler de la loi qui a fixé à soixante-dix ans la mise à la retraite des magistrats. On commence à reconnaître que, pour obvier à un petit mal, cette loi en a produit un grand. En accélérant les mutations, surtout en les faisant venir à des époques fixes et prévues, elle a soufflé à toute la jeune magistrature un esprit d'ambition

hâtive, une préoccupation fiévreuse de ses intérêts d'avancement, qui sont, on peut le dire, ce qu'il y a de plus opposé à l'esprit véritable de la magistrature, à sa dignité, à son indépendance morale, à l'accomplissement scrupuleux de ses devoirs, et par suite à son autorité[1]. — Quelle prise une telle loi donne au pouvoir sur la magistrature, il est facile de le comprendre. Je ne dis pas que la loi ait été faite pour ce résultat, mais je dis que c'est là un des résultats les plus clairs de la loi. Elle a altéré l'esprit de la magistrature; elle tend à la livrer de plus en plus aux influences malsaines.

Je n'ai parlé que de l'avancement : c'est le prin-

1. Cette opinion est, je crois, aujourd'hui celle de la plupart des chefs de la magistrature. Plusieurs premiers présidents se sont fait un devoir de le dire hautement. Je me contente de citer les paroles suivantes de l'un des plus éminents, qui a eu aussi le courage d'être un des premiers à l'exprimer. « Les corps judiciaires se renouvellent avec une « rapidité inquiétante. A la mobilité incertaine, résultant de « la fragilité de notre existence, la loi des retraites ajoute « ses échéances fixes... Autrefois, on se résignait aux postes « secondaires; on était satisfait du bien accompli dans des « situations modestes. Des carrières, et des plus honorables, « s'achevaient là où elles avaient commencé. On ne voyait pas « alors des fonctions trop mobiles, et des magistrats trop « nomades... Les aspirations à l'avancement se produisaient « avec une vivacité plus ou moins justifiée; mais elles n'étaient « pas encouragées et surexcitées par des vacances escomp- « tées à l'avance... Aux espérances calmes et dignes a suc- « cédé une trop fiévreuse impatience, qui ne me semble « bonne ni pour la magistrature ni pour les magistrats. » *Discours* de M. Métivier, premier président de la cour impériale d'Angers, 21 août 1867.

cipal objet de l'ambition. Il y en a d'autres pourtant; il y a les faveurs qui s'adressent à la vanité, et qui, comme l'avancement, sont exclusivement dans la main du gouvernement; il y a les décorations de la Légion d'honneur; il y a jusqu'aux présidences de cour d'assises, qui devraient n'être données qu'au mérite et qui le sont quelquefois à d'autres titres. — Je ne veux pas insister sur un sujet délicat et pénible. Il me suffit d'avoir montré le mal.

La conclusion à tirer de tout ceci est trop évidente : c'est que, en dépit de Montesquieu et de toutes nos déclarations de principes et de toutes nos constitutions, il n'est pas vrai qu'il y ait chez nous séparation du pouvoir exécutif et du pouvoir judiciaire, il n'est pas vrai que le pouvoir judiciaire soit indépendant[1].

1. Je ne parle ici que de la magistrature inamovible, de la magistrature *assise* comme on dit au palais, de celle qui rend des jugements et des arrêts. Je ne parle point de la magistratrature *debout*, des membres du parquet, procureurs impériaux, procureurs généraux, qui exercent l'action publique, qui poursuivent et requièrent. Ceux-ci sont, dans une certaine mesure, les représentants, les agents du pouvoir exécutif. A ce titre, ils sont subordonnés et révocables. Je crains pourtant qu'on n'exagère aujourd'hui cette subordination. Elle ne me paraît naturelle et légitime qu'en matière politique; et encore à cette condition qu'on ne les fera point sortir de leurs attributions pour en faire des agents d'élection. En matière criminelle, les magistrats du parquet sont bien plutôt les mandataires de la société que ceux du pouvoir exécutif. Ce ne sont plus les *gens du roi*, comme on disait jadis, ce sont vraiment les officiers du ministère public. On semble

Le pouvoir exécutif, dans notre organisation moderne, a très-bien assuré son indépendance propre; il a pris ses mesures pour qu'aucune usurpation n'y portât atteinte; mais il n'a pas respecté l'indépendance du pouvoir judiciaire.

Le pouvoir judiciaire n'est pas placé, vis à vis de lui, dans des conditions régulières, rationnelles, rassurantes. Il n'est ni libre dans son action, ni indépendant dans sa sphère propre. Démembré dans ses attributions, paralysé dans leur exercice,

trop l'oublier quelquefois dans les régions du gouvernement. — Il y a plus; même dans l'ordre des faits où ils sont le plus sous la direction et la dépendance du pouvoir exécutif, les membres du parquet ne cessent pas d'être magistrats : s'ils sont obligés d'agir, de poursuivre, de requérir par ordre, ils ne sont jamais tenus de conclure, c'est-à-dire d'opiner autrement que selon leur conscience. C'est là une distinction que les vieilles traditions de notre magistrature avaient fait admettre, et qui jusqu'à ce jour avait été, grâce à Dieu, respectée. Le sera-t-elle longtemps? On peut n'être pas là-dessus sans quelque appréhension. Ce qui est certain, c'est que les tendances du pouvoir sont de plus en plus pour resserrer le lien de subordination et de dépendance qui rattache à lui les officiers du parquet. Le progrès de ce côté est sensible. Tous les magistrats qui ne sont plus jeunes pourraient attester que, sous la Restauration par exemple, il y avait chez les officiers du ministère public bien plus d'indépendance d'action, de liberté de mouvement et d'initiative qu'il n'y en a aujourd'hui. Ils avaient même quelquefois la prétention de n'avoir point d'ordres à recevoir du gouvernement en matière de poursuites. Je n'en veux citer pour preuve que cette belle lettre adressée par le procureur général Bellard au garde des sceaux, M. de Peyronnet. Le garde des sceaux avait manifesté le désir d'être consulté sur les poursuites, particulièrement en matière de presse, avant qu'elles fussent commencées. Bellard lui répondit : « Quand

soumis à des influences fâcheuses, exposé à la séduction ou du moins au soupçon, il ne peut avoir ni toute la dignité qui lui appartient, ni toute l'autorité dont il a besoin. Il est déprimé, déchu de son rôle élevé, relégué au second rang.

On continue de dire, par habitude, *le pouvoir judiciaire;* mais il n'y a plus de pouvoir judiciaire : il y a seulement des tribunaux de diverses sortes qui jugent les diverses affaires.

« le ministère public ne doute pas, quand un délit est évi-
« dent, le magistrat doit-il prendre ou attendre les ordres
« du gouvernement? — Non, monseigneur : s'il en était
« ainsi, le ministère public qu'on a accusé, dans ces derniers
« temps, contre toute vérité, de n'agir que sous l'influence
« du gouvernement, n'aurait plus rien à répondre. — Le
« ministère public doit agir spontanément, sans qu'il ait
« besoin de recevoir l'autorisation de personne. Ce qu'il y
« aurait de plus alarmant pour la liberté, c'est que le gou-
« vernement s'en mêlât jamais. — Il n'y a pas deux lois. —
« J'ai eu l'honneur de jurer aux pieds du roi de faire exécu-
« ter toutes les lois sans distinction. Je tiendrai mon ser-
« ment. J'ai reçu de sa confiance une fonction de magistrat,
« fort de l'indépendance qui seule peut garantir à la société
« une justice impartiale. Il ne m'est pas permis, en brisant
« cette indépendance, d'accéder à une diminution de dignité,
« dans une magistrature que je dois remettre au roi, quand
« il m'ordonnera de la lui rendre, telle qu'il a daigné me la
« confier. Si je commettais l'une ou l'autre de ces fautes, je
« serais un lâche et un parjure. Je ne suis ni l'un ni l'autre
« encore, monseigneur : et ce n'est pas votre grandeur qui
« approuverait que je le devinsse. » Nous avons fait du chemin depuis que Bellard écrivait cette lettre; et s'il y réclamait pour les officiers du ministère public un droit contestable en matière politique, il faut convenir qu'aujourd'hui nous ne tombons plus dans cet excès. Qui ne se rappelle l'affaire de Saverne?

Il n'est plus vrai de dire qu'il y a trois pouvoirs dans l'État; il n'y en a plus que deux, le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif. Quant au pouvoir judiciaire, c'est une institution de l'ancien régime, qui a disparu avec lui, et qui, depuis 1789, s'est absorbée dans le pouvoir exécutif. On en a fait une branche de l'administration, une dépendance du gouvernement. De même que le gouvernement administre les départements et les communes par ses préfets et ses maires, — les finances par ses receveurs, trésoriers et payeurs, — les travaux publics par ses ingénieurs, — il a la prétention d'administrer la justice par ses tribunaux.

Le vieil axiome « Toute justice émane du roi » a été effacé de notre droit nouveau; mais les prétentions du pouvoir exécutif en cette matière sont restées les mêmes. En fait, depuis quatre-vingts ans, tous les gouvernements ont été animés du même esprit et ont travaillé à faire que la justice, au lieu d'être un pouvoir indépendant, organe suprême de la loi, libre de toute pression et de toute influence, ne fût qu'un rouage de la machine administrative, un moyen d'action politique, un *instrumentum regni*, quelquefois une arme pour frapper leurs adversaires. Pour cela, ils l'ont peu à peu diminuée, abaissée, subordonnée. Ils l'ont composée à leur guise; ils se sont efforcés de la discipliner et de l'assouplir, s'inspirant le plus souvent, dans le choix des hommes et la distribution des faveurs, bien plus de leur intérêt et de leurs calculs du mo-

ment que du mérite et de l'indépendance du caractère. Ils l'ont mêlée dans les luttes politiques, les changements de régime et de dynastie, si bien que, elle qui devait rester immuable dans sa sphère, étrangère et supérieure à toutes ces révolutions qui modifient la forme des gouvernements et la surface des choses, elle s'est vue compromise dans ces fluctuations et ces conflits, engagée malgré elle dans des résistances ou des réactions insensées; elle est devenue ainsi plus ou moins solidaire des fautes des gouvernements; et subissant tour à tour toutes ces servitudes et ces solidarités, poussée en sens contraires, ayant l'air de servir tour à tour tous ces régimes qui se succèdent, quand elle ne devrait jamais servir que la loi qui ne change pas, elle a vu son prestige pâlir, son autorité décroître, sa considération même diminuer dans les esprits. Quelque chose de plus grave est à craindre : c'est que, sous l'influence de ces causes, elle ne vienne à perdre elle-même le sentiment de son indépendance, cette fière dignité, ce noble orgueil qui sont une des vertus du magistrat et qui ont été une des gloires de notre ancienne magistrature[1].

On a pu reprocher quelquefois, non sans raison, à nos anciens parlements un esprit d'ambition politique, des prétentions excessives, des préjugés étroits. Mais quel sentiment du devoir, de la sainteté de la

1. « Entre la politique et la justice, toute intelligence est corruptrice, tout contact est pestilentiel. » Dupin, *Observations sur la justice criminelle*, chap. II.

justice, du respect dû à la loi, dans ces grandes compagnies judiciaires! Quelle fière indépendance vis-à-vis du pouvoir! Quelle noble attitude devant la menace ou la violence! Avec quelle dignité ils savaient mettre le devoir du juge au-dessus de l'obéissance commandée au sujet! Et dans quel grave et ferme langage ils s'adressaient au roi lui-même pour lui signifier qu'ils sauraient résister même à ses commandements « quand il leur semblerait en leur conscience n'y pouvoir acquiescer [1]. » Sous le grand roi lui-même, et quand tout s'agenouillait devant sa toute puissance, la magistrature ne garda-t-elle pas seule quelque indépendance et quelque dignité? Quand les plus fiers seigneurs du royaume, réduits à une sorte de domesticité dorée, se disputaient les faveurs, les moindres regards du souverain, on ne voyait pas du moins les conseillers de parlement grossir à Versailles la foule des courtisans et mendier les grâces des ministres.

1. Ce sont les belles paroles du premier président de Harlay : « Sire, devez recevoir de bonne part ce qui vous est « remontré en toute humilité, car il nous est commandé de « craindre Dieu et honorer notre roi. La crainte de Dieu est « la première, et que nous devons préférer à toutes choses... « C'est pourquoi, Sire, quand vous nous faites commander « quelque chose à laquelle il nous semble en nos consciences « ne pouvoir acquiescer, V. M. ne le doit prendre en mau- « vaise part, ni juger désobéissance le devoir que nous fai- « sons en nos états; parce que nous estimons que vous ne la « voulez, sinon autant qu'elle est juste et raisonnable, et « qu'ayant entendu qu'elle n'est telle, ne serez pas offensé « de n'avoir pas été obéi. »

Royer-Collard, qui avait vu les derniers jours de cette magistrature, a bien compris et fortement exprimé ce qui faisait sa grandeur. « L'ancienne mo-
« narchie, disait-il, est-elle déjà si loin de nous, que
« je sois obligé de rappeler en quoi le magistrat dif-
« fère de ces agents révocables qu'on appelle aujour-
« d'hui *fonctionnaires?* Voyez, messieurs, cette
« différence en action dans nos derniers temps.
« Comparez nos plus sages Intendants aux Mathieu
« Molé, aux Lamoignon, aux Talon, à tant d'autres.
« Qu'eût été notre patrie, quelles libertés eût-elle
« conservées, quels droits publics et privés seraient
« venus jusqu'à nous, quelle généreuse résistance
« honorerait nos annales, si la France n'avait eu que
« des Intendants?... Il y a un trait caractéristique
« par où le magistrat se distingue du fonctionnaire :
« c'est qu'il vient, *non du pouvoir* comme celui-ci,
« et de ses besoins changeants, *mais des institu-*
« *tions perpétuelles et indépendantes que le pays*
« *possède*... Un jour, un roi de France, ayant besoin
« d'argent, trouva simple de mettre en vente, quoi?
« la puissance publique. Elle fut achetée; elle devint
« la propriété des acheteurs. Qui l'eût cru? De cet
« opprobre de la vénalité des offices sortit une ma-
« gistrature admirable, la lumière et la force des
« derniers siècles de la monarchie. C'est que la vé-
« nalité portait avec elle le droit, et qu'en plaçant
« la justice sur cette base, elle la rendit inviolable
« comme la propriété.

« Le temps fait les choses humaines, et il les dé-

« truit. Le progrès des âges avait miné le veil édifice « de la société; la Révolution l'a renversé. A cette « grande catastrophe se rattache notre condition pré- « sente. C'est parce que les institutions se sont écrou- « lées que vous avez la centralité; *c'est parce que « les magistratures ont péri avec elles, que vous « n'avez que des fonctionnaires*. Le pouvoir a fait « la conquête du droit; il s'est enrichi de toutes les « dépouilles de la société. Le gouvernement repré- « sentatif a été placé en face de cette autorité mon- « strueuse, et c'est à elle que la garde de nos droits « politiques est confiée [1]!... »

Royer-Collard touche ici le fond des choses, et montre la cause profonde du mal. La magistrature, aujourd'hui, n'est plus une institution. Le juge n'est plus un magistrat; il est devenu un *fonctionnaire :* ce mot là dit tout. Choisi par le pouvoir exécutif, salarié par lui, et rendant la justice en son nom; attendant de lui seul son avancement, obligé de solliciter comme une faveur ce qui devrait être la récompense du mérite et des services, il dépend de lui par mille liens; il a besoin de beaucoup de vertu pour maintenir son caractère intact et sa dignité entière; enfin la situation qu'on lui a faite est telle que, alors même qu'il reste indépendant, son indépendance est suspecte. N'y eût-il que ce mal, ce serait un mal immense : le respect de la justice, la considération de la magistrature, l'autorité qui s'at-

1. Discours du 3 juin 1824.

tache à ses arrêts est une des grandes forces morales, la plus grande peut-être de toutes celles sur lesquelles reposent les sociétés; c'était peut-être la seule dont le prestige eût survécu à nos révolutions, qui ont fait tant de ruines. On est en train de la détruire.

Je sais mieux que personne (et je m'explique ici assez librement pour que mon témoignage ne soit pas suspect) ce qu'il y a d'honnêteté, d'honneur, de loyauté dans la magistrature française. Elle a gardé, des beaux temps de son histoire, toutes les vertus qui font le juge intègre : les justiciables le savent bien. Nulle part les procès ne sont examinés avec plus de scrupule, les plaidoiries entendues avec plus d'attention, les sentences rendues plus équitablement. L'impartialité, l'incorruptibilité de la magistrature française est proverbiale ; on ne l'a jamais mise en doute : la conscience publique lui rend hommage, et ce qui est le plus beau de tous les hommages, la voix même des plaideurs.

Mais, si elle a gardé les vertus civiles, les vertus professionnelles, n'a-t-elle point, en perdant son indépendance, perdu quelque chose de ses vertus publiques? Dans les procès où des particuliers seuls sont intéressés, oui, elle est admirable d'impartialité, de désintéressement; les influences n'ont pas de prise sur elle; et quoique généralement pauvre, le soupçon même de la corruption ne l'a jamais atteinte. Mais si le pouvoir est en cause; si l'administration

est engagée, ou un de ses membres; si, en un mot, un intérêt politique est en jeu; alors les choses changent de face; l'impartialité devient difficile, la fermeté est mise à de cruelles épreuves. Le magistrat est forcé de choisir entre son devoir et son intérêt privé. C'est le cas de dire avec d'Aguesseau que « pour être seulement un homme de bien, le magistrat a besoin d'être un héros [1]. » Mais qui peut répondre d'être un héros tous les jours?

Il y a parmi les magistrats, plus de fermeté qu'on ne dit; il y a plus d'indépendance qu'on ne croit. Mais c'est déjà un grand mal qu'on ne le croie pas; c'est un état de choses déplorable que celui qui expose le juge à de pareils soupçons [2]; c'est une organisation funeste et démoralisante que celle qui le soumet à de telles épreuves, à de telles suggestions. Il faut défendre les hommes à qui on

1. Mercuriale de 1711.

2. A ce point de vue on ne peut que désaprouver et regretter la mesure récente qui a modifié dans les cours impériales le système de *roulement*, c'est-à-dire la règle qui fait passer les conseillers, d'année en année, successivement dans les différentes chambres. Ce mouvement annuel était fait autrefois par les cours elle-mêmes. Aujourd'hui il est confié au premier président et au procureur général seuls; en cas de desaccord, le ministre statue. Il était difficile d'imaginer une combinaison mieux faite pour faire suspecter l'impartialité des chambres criminelles; car leur composition se trouve par là pleinement remise au pouvoir exécutif, qui en peut trier les membres à son gré, et qui s'est, en cas de conflit, réservé le dernier mot.

confie le pouvoir, des tentations et des piéges du pouvoir. C'est un mot profond que celui-ci : « La servitude est encore plus grande que la tyrannie. »

On ne saurait nier que, depuis un demi-siècle, la magistrature française a perdu, grâce au rôle politique que les gouvernements lui ont fait jouer, une partie de sa considération et de son autorité morale. On ne peut nier que beaucoup de faits ne soient venus autoriser contre elle des soupçons de faiblesse ou de complaisance envers le pouvoir; on ne peut nier que plus d'une fois ses arrêts ont eu le malheur de ressembler à des services. Royer-Collard déplorait, il y a cinquante ans, la ruine des institutions judiciaires : ce ne sont pas seulement les institutions qui nous manquent ; c'est l'esprit judiciaire qui s'en va; c'est l'esprit de corps, c'est le sentiment de l'indépendance et de la dignité du magistrat qui semblent s'affaiblir tous les jours. Si on continue à marcher dans cette voie, les tribunaux ne seront bientôt plus des êtres moraux ayant leur vie propre, leurs traditions, leur esprit, et se mouvant librement dans leur sphère légitime : ce seront des collections d'individualités, sans lien qu'un lien extérieur, sans unité qu'une unité nominale, sans cohésion, sans homogénéité, incapables par suite d'opposer la moindre résistence aux pressions du pouvoir, si le pouvoir veut peser sur eux. C'était la dernière puissance qui restât debout dans notre société moderne : on l'a brisée, on l'a mise en poussière; et pour peu que cela dure, on

verra bientôt la magistrature, emportée à son tour par la puissance formidable de la centralisation, prendre aussi l'habitude de recevoir d'en haut l'impulsion et d'obéir comme tout le reste aux directions de l'autorité administrative.

Tel est donc l'état des choses. Plus de pouvoir judiciaire, à l'état d'institution sociale et politique, à l'état de pouvoir indépendant, ayant son existence propre, son rôle déterminé, sa mission particulière dans la société. A la place, une magistrature, ou plutôt une certaine quantité de fonctionnaires triée avec un plein arbitraire par le pouvoir exécutif; inamovible, mais dépendante de lui quant à son avancement, de plus en plus subordonnée, et tendant à devenir chaque jour davantage une branche de l'administration. Voilà pour l'organisation. — Quant à la juridiction, on sait comment elle a été réduite, et comment on la réduit tous les jours un peu plus par la juridiction exceptionnelle des tribunaux administratifs; — on sait enfin comment l'exercice de la justice ordinaire est paralysé par le privilége des agents du gouvernement.

Cette situation restreinte et subordonnée, diminuée et humiliée, qu'on a faite en France à l'autorité judiciaire, elle est mauvaise pour tout le monde : — mauvaise pour la magistrature à qui elle ôte la considération, le prestige dont elle a besoin; mauvaise pour les citoyens dont les droits et les libertés ne sont pas protegés comme ils devraient l'être; mauvaise même pour les gouvernements que l'abus

de la centralisation administrative, les excès de zèle et les intempérances d'autorité de ses agents chargent d'une responsabilité de jour en jour plus difficile à porter.

Quand je déplore l'amoindrissement de la magistrature dans notre société, je n'ai pas besoin de dire que ce n'est pas son intérêt particulier qui me préoccupe. Je regarde plus haut et plus loin. Je m'inquiète des idées et des mœurs publiques. Il me paraît dangereux de discréditer ceux qui ont été constitués les organes et les représentants de la loi, de déshabituer les peuples du respect qui leur est dû. Ce n'est pas impunément qu'on détruit dans les esprits la religion du droit, le culte de la légalité. Les nations périssent par le mépris de la justice.

C'est pour sauvegarder ce grand intérêt, le premier de tous dans les sociétés humaines, que la sagesse des publicistes avait écrit en tête de nos constitutions modernes, le principe de la séparation des pouvoirs. Si ce principe avait été sainement entendu et loyalement appliqué ; si on avait constitué dans l'État un véritable pouvoir judiciaire, indépendant du pouvoir exécutif, placé en dehors et au-dessus de ses suggestions et de ses influences, la loi serait en France plus respectée qu'elle ne l'est ; la justice serait pour tous les droits une puissance protectrice ; la liberté civile, au lieu d'être une formule philosophique, serait une réalité vivante.

Les Anglais, sans proclamer le principe, ont fondé la chose : ils ont investi le pouvoir judiciaire

d'une autorité souveraine devant laquelle tout s'incline. Le jury statuant sur la plupart des affaires, leurs magistrats sont peu nombreux; mais choisis parmi les hommes les plus éminents du barreau, revêtus de hautes dignités, en possession de traitements considérables, ils marchent de niveau avec les premiers fonctionnaires de l'État et sont entourés de la plus universelle considération[1].

Aux États-Unis, où l'organisation judiciaire est toute différente, l'indépendance du juge vis-à-vis du pouvoir exécutif n'est pas moindre, le respect qui s'attache à ses décisions n'est pas moins profond[2]. Les tribunaux sont même, dans ce pays-là, investis d'une attribution extraordinaire, je veux dire le droit de prononcer sur la constitutionna-

1. En fait, sinon en droit, les magistrats anglais sont inamovibles comme les nôtres. Ils restent en place *during good behaviour* (tant qu'ils se comportent bien); c'est la formule légale. Chez nous aussi, le cas de forfaiture est toujours réservé.

2. On se persuade généralement que tous les juges sont élus en Amérique. Cela n'est vrai que dans les nouveaux États de l'Ouest, où l'esprit démocratique est poussé à l'excès; et encore seulement pour les juges locaux. L'élection ne s'applique ni aux juges de la cour fédérale (sorte de cour de cassation et de cour politique, commune à tous les États), ni aux juges de district, magistrats supérieurs dans chaque État. Tous ces magistrats fédéraux qui constituent vraiment le pouvoir judiciaire en Amérique, sont nommés *par le président*, mais *de l'aveu du sénat*. — Dans les anciens États, comme New-York, même les juges locaux sont nommés par le gouvernement et inamovibles. (Voy. Éd. Laboulaye, *Hist. politique des Etats-Unis*, t. III, p. 484 et suiv.— Al. de Tocqueville, t. IX, p. 99.)

lité de la loi; attribution qui fait d'eux en quelque sorte un pouvoir politique, gardien de la Constitution, et qui ajoute singulièrement à leur autorité morale.

Quoi qu'il en soit des diversités qui se remarquent dans les institutions et les mœurs, il y a, chez ces deux peuples, un trait commun, qui est le trait caractéristique des peuples libres : c'est que la loi est la règle suprême devant laquelle tout se courbe; que le pouvoir exécutif et ses agents y sont soumis comme les simples citoyens; et que le juge étant le seul interprète et l'interprète souverain de la loi, toute réclamation, de quelque individu qu'elle émane, contre quelque personne qu'elle soit dirigée, donne ouverture à une action qui est soumise aux tribunaux. En Angleterre et en Amérique, toute affaire, privée ou politique, civile ou criminelle, donne lieu à un procès, et va se dénouer devant un juge. Obéir à la loi seule, et non pas à un homme, n'est-ce pas là le caractère même de la liberté?

Il faut ajouter que, dans ces deux pays, c'est au pouvoir judiciaire seul qu'il appartient de reconnaître et de déclarer les limites de sa compétence : et cela est logique. Il est souverain, en effet, dans sa sphère; il n'a au-dessus de lui que la loi dont il est l'organe : sa souveraineté serait violée, son indépendance serait atteinte, si un autre que lui avait le droit de déterminer, dans les cas de conflit, l'étendue de sa juridiction; s'il dépendait, par exemple, du pouvoir exécutif d'étendre ou de resserrer les

limites dans lesquelles il lui appartient de statuer. C'est là un point qui ne fait pas même question en Angleterre et aux États-Unis, tant le contraire semble le renversement de tous les principes. En Belgique et en Hollande, il en est de même : le jugement des conflits est déféré à la cour de cassation. En Autriche, ils sont portés devant la cour suprême de justice; dans la plupart des cantons suisses, devant le grand conseil, qui est le pouvoir législatif; en Prusse, en Bavière, en Saxe, devant des tribunaux mixtes[1]. Il n'y a guère que la France et l'Espagne où les choses se passent autrement : là on a subordonné honteusement la justice aux décisions de l'administration; là on inflige à la magistrature cette humiliation de voir sa juridiction discutée, sa compétence souveraine réglée par les fonctionnaires du pouvoir exécutif; là on pousse le mépris du droit et le sans façon du despotisme administratif jusqu'à donner au gouvernement la faculté d'intervenir dans les procédures judiciaires, d'en suspendre le cours, et d'arracher, de sa seule et suprême autorité, aux tribunaux, des affaires dont ils ont été saisis[2].

Chose étrange : il y a des jurisconsultes, des professeurs distingués de droit public, qui trouvent cela tout simple, et qui en donnent cette belle rai-

1. Voy. Dareste, *De la Justice administrative en France*, p. 208, 209.

2. « Les conflits sont les plus grandes plaies de l'ordre judiciaire. C'est une sorte d'interdit lancé sur les tribunaux. A l'aide d'un conflit, que peut élever même un préfet de po-

son, que l'administration « fait ainsi prononcer par le chef du pouvoir exécutif, *duquel procèdent les deux rivaux* [1]. » Comme si le pouvoir judiciaire *procédait* du pouvoir exécutif? Comme si une pareille thèse n'était pas la négation même du grand principe de la séparation et de l'indépendance respective des pouvoirs? Comment une telle hérésie peut avoir cours dans nos écoles, c'est ce qu'on a peine à comprendre. Nous sommes encore, en fait de droit administratif, sous le joug des vieilles maximes de la monarchie absolue. Autrefois, c'était au roi qu'appartenait le jugement des conflits : et rien n'était plus logique; puisque de lui seul, de sa souveraineté, émanaient les deux justices *rivales*. Mais, je le disais tout à l'heure, 1789 a déplacé la souveraineté; il l'a ôtée au roi pour la mettre dans la nation; il n'a laissé au chef du pouvoir exécutif, que l'une des trois attributions qui la constituent, l'administration, le gouvernement. Il a fait du pouvoir judiciaire, en face de lui, un pouvoir séparé, égal, indépendant.

lice, il n'est pas de cour dont la juridiction ne puisse être à l'instant paralysée; il n'est pas de question personnelle ou de propriété qui ne puisse être transportée au conseil d'État, et jugée par des fonctionnaires amovibles, sous la présidence du ministre qui les nomme et peut les révoquer. » Dupin, *Des Magistrats*.

1. Batbie, *Traité de Droit administratif*, t. VII, p. 388. — « La couronne a le droit de dessaisir l'autorité judiciaire des questions qui seraient du domaine de l'administration : elle déclare le conflit, et *s'attribue à elle-même* la connaissance des contestations qu'elle reconnaît de son ressort. » Vivien, *Études administratives*.

A aucun titre donc, le pouvoir exécutif ne pouvait revendiquer le jugement des conflits. A aucun titre il ne devrait pouvoir dessaisir les tribunaux, légalement, régulièrement saisis. En tout cas, si des raisons supérieures d'intérêt public lui faisaient attribuer, dans de certaines circonstances déterminées, le droit exceptionnel de suspendre un instant le cours de la justice; ce n'est pas à lui que devrait être laissé le jugement du conflit. Le conflit se produisant, il semble que c'est au pouvoir judiciaire seul qu'il devait appartenir de le trancher.

Et pourtant, à l'exemple de la Convention, le Directoire d'abord, le Consulat ensuite, se sont arrogé en cette matière la vieille prérogative royale. Bien des fois on a réclamé. Une seule tentative a été faite[1] pour corriger ce monstrueux abus; elle n'a pas amené de résultat durable, et l'administration est redevenue le juge unique et souverain de sa propre compétence. Tant en France il est difficile de faire reculer le pouvoir administratif!

C'est dans les sociétés démocratiques que la justice doit surtout être puissante : car dans ces sociétés, chaque individu est faible; et sa liberté peut être aisément opprimée. Mais lorsque, chez un peuple, une forte centralisation administrative se trouve réunie à l'égalité démocratique, cette garantie devient bien plus nécessaire encore : il n'y a plus de force dans cette société que la force de l'administration; et l'oppression des individus est inévitable, si

1. En 1850.

l'autorité de la loi, représentée par une magistrature indépendante, ne fait pas contre-poids à la puissance gouvernementale[1]. Seul, le pouvoir judiciaire peut faire digue aux entreprises du pouvoir administratif, à son humeur arbitraire, à ses tendances naturellement autocratiques. Seul, il est partout présent; partout et toujours à la portée du plus simple citoyen. Seul, il a une force capable de dompter la force; car il représente cette grande chose, qui est la vie des sociétés modernes et sans laquelle le monde croulerait : la justice, le droit.

1. L'empereur Napoléon Ier, qui était un terrible despote, mais qui avait toutes les intuitions du génie, semble avoir lui-même entrevu un jour cette vérité. Chargeant le conseil d'État d'élaborer le décret de 1810 sur l'organisation des cours impériales, il lui écrivait ces paroles remarquables : « *C'est surtout dans les pays qui ont une puissance militaire considérable, qu'il convient d'établir fortement l'ordre civil; afin que, dans tous les temps, il arrête le torrent de la force...* Il s'agit de former de grands corps, forts de la considération que donne la science civile, forts de leur nombre, au-dessus des craintes et des considérations particulières... »

CHAPITRE XII

Conclusion. — Quelles réformes seraient dès à présent possibles et facilement réalisables, en ce qui touche :
I. La juridiction administrative;
II. La responsabilité des fonctionnaires;
III. La magistrature.

J'ai fait, au point de vue des principes, la critique de nos institutions judiciaires. Je veux chercher maintenant, au point de vue de l'application, quelles conclusions on peut tirer de cet examen et à quelles réformes il doit conduire.

Si on n'avait à compter qu'avec la logique, la conclusion serait bien simple : le droit commun pour tous les litiges, même pour le contentieux administratif; la justice ordinaire pour tout le monde, même pour l'État [1]; la même loi pour l'État et pour les citoyens, la même responsabilité civile et criminelle pour les fonctionnaires et pour les simples particuliers; égalité de tous devant la loi, et égalité aussi devant le juge; en un mot, séparation absolue du pouvoir exécutif et du pouvoir judiciaire; et par suite indépendance absolue du magistrat vis-à-vis

1. Avec des formes plus simples, plus rapides et moins coûteuses, si l'expédition de certaines affaires l'exige.

du gouvernement; le pouvoir judiciaire, ainsi placé dans une sphère élevée, inaccessible à la séduction comme à la crainte, défendu contre les suggestions d'en haut aussi bien que contre celles d'en bas, gardien de toutes les libertés civiles, protecteur de tous les droits menacés, réparateur de toutes les injustices. Voilà l'idéal.

Cet idéal, on s'en est approché autant que possible en Angleterre, aux États-Unis. Il est permis sans doute de souhaiter que la France à son tour s'efforce de l'atteindre. Il n'est pas défendu d'espérer qu'elle y arrivera un jour. Mais à parler franchement, on ne saurait guère, à moins de se faire volontairement illusion, compter que cette espérance se réalise d'ici à longtemps.

Nous sommes, en ces matières, aux antipodes des institutions anglaises et américaines. Comment croire qu'en un seul jour et d'un seul élan, nous puissions faire tant de chemin? Il n'y a que les révolutions violentes qui changent ainsi en une heure la face des sociétés; et il ne faut ni les souhaiter, ni trop compter sur leurs bienfaits : en voulant corriger le mal, souvent elles l'aggravent. Essayons des réformes; c'est plus lent, mais c'est plus sûr.

Dans quelle mesure peut-on poursuivre, avec quelque chance de succès, la réforme de nos institutions administratives? A défaut d'un changement complet, radical, n'y a-t-il pas des modifications utiles, des correctifs efficaces qu'on peut aisément

et au moins comme mesures transitoires, introduire dans ce qui existe ?

En ce monde, si on est sage, il ne faut demander que le possible : les choses humaines ne se laissent pas gouverner par la raison pure. Or, que conseille la sagesse politique? De tenir compte du passé, des habitudes, des traditions, des mœurs de chaque peuple; de transformer, non de détruire; d'améliorer ce qui est, plutôt que de le renverser brusquement.

C'est ce que savent faire les Anglais, gens pratiques. Ils ont une Constitution qui est plutôt dans l'usage que dans les textes, de vieilles institutions, des lois surannées, toute une organisation qui date de plusieurs siècles. Ils se gardent bien de jeter cet édifice à bas pour le reconstruire; ils le respectent et le conservent; mais ils le modifient sans cesse, dans quelqu'une de ses parties, pour l'approprier aux besoins nouveaux des temps et au progrès des esprits. Ils corrigent sans renverser; ils améliorent sans détruire, mettant même souvent des choses nouvelles sous des noms anciens, et convaincus que le mieux est de garder, quand on le peut, ce qui a pour soi la force des habitudes, le respect des peuples, l'expérience des temps [1]. En un mot, ils

1. « Ne songer aucunement à la symétrie et beaucoup à la convenance; ne jamais écarter une anomalie simplement parce que c'est une anomalie; ne jamais innover, excepté lorsque le mal se fait sentir, ne jamais innover au delà de ce qui est nécessaire pour se débarrasser du mal; ne jamais

font des réformes, ce qui les dispense de faire des révolutions. La méthode est bonne, et si nous étions bien inspirés, nous la leur emprunterions.

C'est dans cet esprit que je veux examiner successivement quelles réformes sont dès à présent praticables touchant les trois points suivants : 1° la juridiction administrative ; 2° la garantie constitutionnelle des fonctionnaires ; 3° l'organisation de la magistrature.

§ I

Abolir d'un trait de plume, en France, la justice administrative, il est évident que ce serait troubler profondément le jeu de notre administration et entraver pour longtemps sa marche. Or on sait quelle place tient l'administration, quel rôle elle joue dans la vie de notre société française.

Les Anglais, les Américains, n'ont presque pas d'administration publique ; ils s'administrent eux-mêmes. Nous, en France, nous ne savons pas, ou nous ne savons plus guère nous administrer. Qu'on nous en ait fait perdre l'habitude et le goût ; que

poser un principe plus étendu que le cas particulier auquel il est nécessaire de pourvoir : telles sont les règles qui, depuis l'époque du roi Jean jusqu'à celle de la reine Victoria ont généralement guidé les délibérations de nos deux cent cinquante parlements. » Macaulay, *Hist. de Guillaume III*, chap. I.

l'État ait confisqué à son profit et abusivement bien des parties de l'administration locale; qu'on puisse justement imputer à cette centralisation outrée une bonne partie de notre inaptitude et de notre peu de goût à faire nous-mêmes nos affaires: — il n'en est pas moins vrai que c'est là, aujourd'hui, un trait de nos mœurs, un pli de notre caractère national. Non-seulement nous souffrons volontiers qu'on nous administre, mais nous aimons à être administrés, nous avons besoin de l'être. La preuve en est qu'au moindre abus, au moindre grief, notre premier mouvement est toujours de faire appel à l'intervention du gouvernement.

Il ne faut donc pas songer à transporter d'emblée chez nous un système fait pour les Anglais et les Américains. Une administration immense et compliquée comme la nôtre, mettant en mouvement une armée de fonctionnaires, touchant à toutes les affaires et à tous les intérêts, — c'est là un fait énorme et dont il faut absolument tenir compte; et ce fait emporte des conséquences, impose des nécessités auxquelles il faut bien se soumettre. La révolution de 1789, en nivelant violemment le sol, en balayant tous les priviléges, toutes les franchises, tous les pouvoirs locaux, a rendu possible, facile, et peut-être en partie nécessaire, l'établissement de cette gigantesque machine administrative qui fonctionne en France depuis l'an VIII. Le système administratif est devenu le fond de nos gouvernements, de notre société. Le système administratif a engen-

dré le droit administratif, qui a engendré les juridictions administratives : tout cela se tient. Il serait puéril de vouloir supprimer du jour au lendemain un tel ensemble de faits politiques et sociaux. La seule chose raisonnable est de corriger l'abus, en gardant le système.

Conservons donc, je le veux bien, la juridiction administrative, puisque nous avons une organisation administrative si compliquée, et dont nous aurions peine à nous passer; mais, du moins, mettons cette juridiction spéciale en harmonie avec les principes du droit moderne, qu'elle méconnaît et qu'elle blesse dans l'état actuel. Et pour cela il y a une première chose, une chose urgente à faire : c'est de tracer nettement la ligne de démarcation qui doit séparer la justice administrative de la justice ordinaire; c'est de rendre à cette dernière toutes les affaires qui par leur nature sont de sa compétence (et notamment toutes les questions de propriété); c'est enfin de faire, sur le terrain indécis qui avoisine le domaine de l'administration, un partage plus rationnel que celui qui a été fait jusqu'ici, entre les affaires qui ont vraiment le caractère administratif et celles qui sont vraiment du droit commun[1].

1. Rien de plus illogique, de plus arbitraire, de plus bizarre que notre législation en cette matière. Ainsi, les difficultés relatives aux droits de mutation, d'enregistrement, de douanes, sont du ressort des tribunaux civils, tandis que celles qui ont trait aux contributions directes sont portées devant le conseil de préfecture. — Si le pavé n'est pas balayé devant ma maison, je suis justiciable d'un magistrat;

Gardons, j'y consens, nos tribunaux administratifs : ils ont des avantages de spécialité, de célérité et d'économie ; il y a des affaires de telle nature, de telle urgence, touchant à de tels intérêts d'État, qu'il peut être convenable de ne pas les déférer à la juridiction ordinaire. Mais constituons du moins ces tribunaux de telle manière qu'ils offrent aux droits des citoyens des garanties suffisantes. En un mot, conservons la justice administrative, mais faisons en sorte que ce soit une véritable justice.

Que faut-il faire pour cela?

Il faut d'abord que la juridiction administrative soit complétement enlevée aux préfets ; que, dans aucun cas, le préfet ne soit juge des litiges soulevés par ses propres actes ; ce qui a lieu souvent dans l'état actuel de la législation. On se trompe gravement, en effet, quand on se figure que les conseils de préfecture sont en principe les juges ordinaires du contentieux administratif, comme les tribunaux de première instance ont en principe la juridiction civile. Cette doctrine, soutenue par plusieurs jurisconsultes, a été repoussée, et aujourd'hui il est géné-

si mon chariot ne porte pas de plaque, c'est le conseil de préfecture qui me condamnera à l'amende. — S'il y a un procès entre deux particuliers au sujet d'une vente, ce sont les tribunaux qui en connaissent ; mais s'il s'agit d'une vente domaniale, d'une vente que l'État m'a faite, c'est l'État seul qui a le droit, par ses juges administratifs, d'interpréter le contrat où il a été partie. — Ce sont là autant d'anomalies, de contradictions ou de bizarreries qu'il serait facile, et assurément sans inconvénient, de faire disparaître.

ralement admis que les conseils de préfecture ne sont compétents que pour les cas qui leur sont spécialement attribués par la loi, et qu'en dehors de ces cas ce sont les préfets qui doivent connaître des litiges nés des actes administratifs, et les ministres des réclamations élevées contre les actes des préfets[1]. — Un tel état de choses n'est pas tolérable. C'est la négation même de la justice; c'est la justice des pachas. Il faut, si on parle de juridiction administrative, que cette juridiction pleine et entière soit attribuée à de véritables tribunaux administratifs, parfaitement distincts et séparés du personnel de l'administration active.

Il faut, en second lieu, que les juges administratifs soient de vrais juges, c'est-à-dire qu'ils soient indépendants du pouvoir exécutif. Or, la première condition de l'indépendance du juge, c'est l'inamovibilité. Ce n'est pas la seule condition, mais c'est la première et la plus indispensable.

Dans l'organisation fondée en l'an VIII, non-seulement les conseillers de préfecture étaient essentiellement révocables, mais aucune condition de capacité, aucune garantie ni d'études ni d'expérience n'était imposée au choix du gouvernement. Aujourd'hui, et depuis la loi du 21 juin 1865, on exige le grade de licencié en droit ou dix années de fonctions administratives. D'autres réformes

1. Voy. M. Boulatignier, Rapport sur les conseils de préfecture (1865). — Batbie, *Droit administratif*, t. VII, chap. XLVII.

importantes avaient déjà été introduites par un décret antérieur[1] : devant les conseils de préfecture, le débat est maintenant oral et public ; les parties peuvent se défendre par elles-mêmes ou par leurs avocats ; un membre du conseil remplit auprès de lui les fonctions de ministère public. Ce sont là de sérieuses améliorations et de véritables garanties. Il reste pour les compléter à assurer l'indépendance des juges.

Il n'est pas admissible que le préfet, par exemple, siége dans le conseil et le préside ; encore moins que, le présidant, il ait voix prépondérante en cas de partage ; car le préfet représente l'administration, et l'administration est partie. Il y a plus : souvent c'est un acte du préfet qui est déféré au conseil de préfecture[2]. Comment comprendre qu'il soit appelé à connaître comme juge d'une mesure qu'il a prise comme administrateur[3] ?

1. Décret du 30 décembre 1862.

2. Telles sont les décisions prises par le préfet relativement à l'exécution des travaux publics. Il en est de même dans le cas où des propriétaires prétendent qu'on a indûment fouillé leurs terrains clos, ou bien demandent le prix de leur terrain pour cause d'occupation indéfinie..., etc. C'est toujours un arrêté du préfet qui provoque la réclamation.

3. Lors de la discussion de la loi du 21 juin 1865, devant le Corps législatif, cette question fut vivement débattue. Un amendement avait été proposé, qui avait pour but d'ôter au préfet la présidence, avec voix prépondérante, du conseil de préfecture. Cet amendement fut soutenu avec beaucoup de vigueur par MM. Segris, Latour-Dumoulin, Émile Olivier, et au vote réunit 72 voix. — On faisait valoir, en faveur de cette réforme si simple des raisons qui semblaient décisives.

Il n'est pas admissible surtout que des juges, appelés à prononcer entre des particuliers et l'administration, soient révocables au bon plaisir de l'administration. Il ne se peut pas que, chargés de confirmer ou d'annuler des mesures prises par le préfet comme représentant du pouvoir exécutif, ils soient, non-seulement dans la dépendance du pouvoir, mais dans celle du préfet, qui est, en quelque sorte, le maître de leur avenir. Il ne faut pas que la charge de conseiller de préfecture soit un noviciat aux fonctions actives de l'administration, un pre-

Depuis 1852, la section du contentieux au conseil d'État n'est plus présidée par le ministre de l'intérieur; et lorsqu'un conseiller a eu occasion d'émettre son avis sur l'affaire en litige, il ne peut plus en connaître. Les mêmes motifs qui ont dicté ces dispositions ne doivent-ils pas interdire au préfet de siéger dans un conseil appelé à statuer sur la légalité de ses actes? — Dans beaucoup de départements, il n'y a que trois conseillers de préfecture : il suffira que le préfet entraîne une voix, pour que la balance penche de son côté. — Sans suspecter l'impartialité, n'y a-t-il pas à tenir compte de l'amour-propre engagé? et en matière électorale, des excès de zèle et des passions politiques? — Dans un rapport sur l'organisation du conseil d'État, fait en 1851 par M. Boulatignier, cette réforme avait été signalée comme nécessaire, et commandée par toutes les raisons d'équité. En 1865, M. Boulatignier soutint l'opinion contraire, mais sans parvenir à se réfuter lui-même. Les objections par lesquelles on repoussait l'amendement étaient vraiment puériles. On alléguait que l'intervention du préfet était toute de modération, de protection pour les intérêts privés. Et en matière électorale, M. Rouher prétendait même que la meilleure garantie, c'était la responsabilité personnelle qui pesait sur le préfet...! (Voy. le *Moniteur* des 26 et 27 mai 1865.)

mier échelon pour s'élever aux honneurs d'une sous-préfecture. Les conseils de préfecture ne seront de vrais tribunaux administratifs que lorsque les magistrats qui les composent seront inamovibles comme les juges qui composent les tribunaux civils.

Les mêmes raisons, et plus puissantes encore, conduisent à demander que l'inamovibilité et la juridiction propre (c'est-à-dire le pouvoir de rendre de véritables arrêts) soient accordées aux magistrats qui statuent en appel et en dernier ressort sur les affaires du contentieux administratif. En d'autres termes, il faut que la section du contentieux au conseil d'État soit absolument séparée des autres sections de ce conseil et constituée dans des conditions toutes différentes.

Le conseil d'État n'est pas un corps judiciaire : il est un conseil de gouvernement, ou tout au moins un corps consultatif placé près du gouvernement. Par conséquent, il est une dépendance, un instrument du pouvoir exécutif, et à ce titre il doit, pour tout ce qui touche à ses fonctions administratives, rester sous la main du pouvoir exécutif. Mais la section du contentieux n'administre pas; elle ne prend aucune part, même consultative, à l'administration : elle a un rôle à part; elle juge, elle prononce sur des litiges. Elle statue comme cour d'appel sur toutes les affaires qui ont été soumises en premier ressort aux diverses juridictions administratives. Elle prononce, comme tribunal supé-

rieur, sur les recours, pour incompétence ou excès de pouvoir, contre les décisions ministérielles, sur les violations de forme, même sur les oppositions à des décrets impériaux. Elle est véritablement une cour de justice. Elle doit donc avoir les priviléges de juridiction propre et d'inamovibilité qui appartiennent essentiellement aux cours de justice.

La cour des comptes les a bien[1]. La cour des comptes, qui juge des faits administratifs, qui contrôle les opérations des agents de l'administration financière, est une véritable cour de justice. Ce ne sont pas des avis qu'elle donne, ce sont des arrêts qu'elle rend, et ses membres sont inamovibles. Croit-on qu'elle aurait la haute autorité qui lui appartient si les magistrats qui la composent étaient révocables? Et, d'un autre côté, s'aperçoit-on que l'indépendance de ces magistrats nuise à la bonne expédition des affaires?

Pourquoi n'y aurait-il pas une cour souveraine administrative, comme il y a une cour souveraine des comptes? N'est-il pas illogique de charger une section du conseil d'État, fût-elle inamovible, du jugement du contentieux? Le conseil d'État n'a rien à voir ici. Laissez-le pourvoir aux choses administratives et gouvernementales; c'est là son domaine propre. A côté de lui, à côté de la cour des comptes, sur le modèle de la cour des comptes,

1. Depuis l'ordonnance du 27 février 1829.

constituez pour juger le contentieux administratif une cour souveraine, inamovible, indépendante, rendant des arrêts ayant force exécutoire, et offrant à tous les intérêts de hautes garanties d'impartialité.

Est-ce là une utopie? Non sans doute. Rien de plus simple, rien de plus facile à réaliser. Les hommes les plus compétents en cette matière, et j'ajoute les esprits les plus pratiques, ont réclamé mainte et mainte fois cette réforme.

Dès 1818, M. de Cormenin examinant dans un livre spécial le rôle nouveau que le conseil d'État était appelé à jouer sous le gouvernement constitutionnel, établissait qu'en tant que corps consultatif il n'avait rien d'inconciliable avec les libertés de la charte; mais qu'en ce qui touchait le jugement des affaires contentieuses, il n'offrait pas même les garanties d'indépendance qu'on avait trouvées dans l'ancien conseil d'État du Consulat et de l'Empire. Il en concluait qu'il fallait, si on voulait rester conséquent avec les principes de la charte, enlever au conseil d'État le pouvoir de juridiction pour en revêtir un tribunal administratif supérieur[1].

Pendant toute la durée du gouvernement de la Restauration, cette question fut l'objet de discussions animées. Aprés 1830, elle fut reprise, et cette fois portée devant les pouvoirs publics. On deman-

1. Cormenin, *Du conseil d'Etat, envisagé comme conseil et comme juridiction*, Paris, 1818.

dait, pour le jugement des affaires administratives, les mêmes garanties qu'offre la justice ordinaire : le débat oral et public, l'inamovibilité des magistrats et la juridiction propre.

Le gouvernement accorda d'abord la publicité et la discussion devant la section du contentieux. (Ordonnances du 2 février et du 12 mars 1831.) Puis, par une autre ordonnance (du 18 septembre 1839), il décida que les membres du conseil d'État ne pourraient être révoqués que *par ordonnance individuelle* et spéciale, rendue sur avis du conseil des ministres. Il réduisit en même temps les cadres du service extraordinaire, dont l'adjonction illimitée pouvait altérer la composition du conseil d'État. — Ces modifications de détail furent transformées en loi un peu plus tard[1].

Mais tout se borna là. On repoussa, au nom du gouvernement, les deux réformes fondamentales, l'inamovibilité et la juridiction[2].

La Constitution de 1848, rédigée en partie sous

1. Loi du 10 juillet 1845.

2. L'une de ces réformes, celle qui attribuait au conseil d'État la pleine juridiction en matière de contentieux administratif, avait été acceptée par la commission de la Chambre des députés. Le rapporteur, M. Dalloz, avait développé à l'appui de cette proposition les motifs les plus solides, dans le langage le plus ferme et le plus élevé. Il avait fait remarquer que réduire le conseil d'État à donner de simples *avis* et laisser la décision au ministre, c'était n'accorder aux intérêts privés « ni la responsabilité du juge legal, ni celle du juge réel ; » c'était imprimer aux décisions du conseil un

l'inspiration de M. de Cormenin et de M. Vivien, réalisa à peu près ces deux réformes. En même temps qu'elle rendait au conseil d'État le caractère de corps politique, elle en fit pour le contentieux administratif un corps juridique complétement indépendant. La section chargée du jugement des affaires contentieuses fut investie d'une juridiction propre ; elle ne donna plus seulement des *avis*, elle rendit des arrêts[1]. — On ne donna pas tout à fait l'inamovibilité aux conseillers d'État; mais leur situation fut entourée de garanties presque équivalentes : ils étaient élus, non par le pouvoir exécutif, mais par l'Assemblée nationale elle-même, et l'Assemblée seule pouvait, sur la proposition du Président de la République, prononcer leur révocation.

Aujourd'hui nous sommes à peu près revenus au régime de 1845. Aux termes de la Constitution de 1852, l'Empereur nomme et révoque seul les conseillers d'État. Le conseil d'État délibérant au contentieux[2] ne rend pas d'arrêt, ne prend pas de

caractère indéfinissable, n'ayant « ni les formes de l'administration ni les conditions de la justice, car la justice ne peut se concevoir, là où n'existe pas la tutélaire garantie de la responsabilité du juge. » La même opinion a été énergiquement soutenue par M. Vivien. Voy. *Revue des Deux-Mondes* du 15 nov. 1841, *le Conseil d'État* et *Études admin.*, t. I.

1. Loi des 15 janvier, 8 mars 1849, art. 36.

2. La section du contentieux est composée de six conseillers, y compris le président qui est nommé par l'empereur ; de sept maîtres des requêtes et de cinq auditeurs. Les maîtres des requêtes ont voix délibérative dans les affaires dont

décision; il émet un *avis;* il rédige un *projet* de décret. Ce projet ne devient un décret que lorsqu'il a été contre-signé par le ministre de la justice. Le décret peut n'être pas conforme au projet rédigé par le conseil[1].

Cette seconde hypothèse est, dit-on, presque sans exemple. Le droit n'en est pas moins écrit pour le gouvernement, et d'une façon expresse, dans la loi. Et au surplus, on cite des cas où, le gouvernement n'ayant pas approuvé l'avis du conseil d'État, le projet d'ordonnance ou de décret est resté à l'état de lettre morte. Le pouvoir exécutif n'étant obligé par aucune loi de statuer dans un délai déterminé, il lui suffit en effet de s'abstenir et de laisser le litige sans décision : la plainte de la partie lésée tombe par le fait devant une inertie qui équivaut à un déni de justice, mais que nulle force ne peut vaincre.

On a proposé d'obliger le gouvernement à statuer dans les deux mois après l'avis du conseil d'État; mais ce n'est là qu'un palliatif, puisque le décret pourra toujours *n'être pas conforme* à l'avis du conseil.

Le conseil d'État, délibérant au contentieux, fait

ils font le rapport. Mais il faut ajouter ceci. Pour les décisions à prendre sur les affaires contentieuses, il est adjoint à la section du contentieux *dix conseillers d'État*, désignés par l'empereur, pris en nombre égal dans chacune des autres sections et renouvelés par moitié tous les deux ans. (Décret du 25 janvier 1852, art. 17 et 19.)

1. Même décret, art. 24.

office de juge : on est bien obligé d'en convenir, puisqu'on accorde aux plaideurs le débat oral, la publicité, l'intervention du ministère public. Pourquoi leur refuser les autres garanties d'une bonne justice? On aura beau faire : tant que la section du contentieux ne sera pas inamovible, elle sera, principalement dans les matières qui touchent à la politique, sinon partiale, du moins suspecte de partialité. Tant qu'elle n'aura pas un pouvoir juridique propre, le pouvoir de rendre des arrêts obligatoires par eux-mêmes, comme ceux de la cour des comptes, ses décisions homologuées par un ministre manqueront d'autorité : ce ne sera qu'un simulacre de justice.

Nous avons des commissions administratives qui jugent : nous n'avons pas, au sens vrai du mot, une *justice* administrative. Nous ne l'aurons que lorsqu'elle aura été investie des deux prérogatives que je réclame.

Elle sera alors quelque chose de grave, de considérable, rassurant les intérêts par son indépendance, commandant le respect par son impartialité. Elle sera une justice spéciale, et spécialement compétente, pour des matières spéciales, comme est la justice commerciale, confiée à des hommes que recommandent une expérience et des lumières particulières, institution excellente, qui n'a pas, il est vrai, le privilége de l'inamovibilité, mais qui, procédant de l'élection, est placée dans des conditions d'indépendance et investie d'un pouvoir juridique propre.

Par le choix des magistrats qui composeront la cour de justice administrative, le pouvoir exécutif aura toujours assez d'avantages. Naturellement il y appellera les hommes qui auront le plus marqué dans le maniement des grandes affaires, dans l'étude et la pratique du droit administratif, et naturellement aussi, ces hommes, sortis la plupart des rangs de l'administration, en auront gardé dans une certaine mesure l'esprit, les traditions, les tendances. C'est là une loi de la nature humaine; on ne dépouille pas en un jour les habitudes et les inclinations développées par une longue carrière. Malgré l'inamovibilité, malgré les devoirs nouveaux du magistrat, les conseillers de la cour souveraine administrative resteront toujours, plus ou moins, en dépit d'eux-mêmes, des juges administratifs, fort soucieux des intérêts de l'administration, fort préoccupés des considérations gouvernementales, et, à leur insu, si scrupuleuse que soit leur conscience, toujours enclins à faire prédominer, quand l'équité ne le défendra pas absolument, l'intérêt général sur l'intérêt particulier. C'est déjà beaucoup, c'est assez. L'État aura cet avantage; qu'il s'en contente. La balance ne tendra que trop à pencher de son côté : le moins qu'on puisse demander, pour que l'équilibre ne soit pas trop violemment rompu, c'est que ce soient de vrais juges qui prononcent.

Je ne veux pas m'arrêter à une objection devant laquelle échoua la réforme de 1845, objection développée dans le rapport fait par M. Persil

devant la Chambre des pairs. On disait que les mesures proposées porteraient atteinte au principe de la responsabilité ministérielle, qui doit couvrir tous les actes de l'administration, puisque le ministre ne pouvait plus équitablement devenir responsable des décisions d'un conseil d'État qui serait indépendant de lui et aurait une autorité propre. — D'abord l'objection tombe d'elle-même si, au lieu de garder au conseil d'État une section du contentieux qui serait inamovible et indépendante, on constitue, en dehors du conseil d'État, un tribunal administratif distinct. Dans ce système, en effet, le conseil d'État reste tout entier, quant aux délibérations et décisions purement administratives qui sont de son ressort, sous la direction et dans la dépendance absolue du ministre, et le ministre en demeure responsable ; cela est clair. Il n'est pas moins clair que le ministre ne sera pas et ne pourra pas être responsable des arrêts de la cour administrative, pas plus qu'il ne l'est des arrêts de la cour des comptes.

Mais dans le système même où on garderait dans le conseil d'État une section du contentieux, en la rendant inamovible et en lui donnant la juridiction, — l'objection ne se comprend pas. Cette section du contentieux, bien que nominalement rattachée au conseil d'État, n'en serait pas moins en réalité, par les conditions spéciales où elle serait placée, un véritable tribunal administratif. Qu'a donc à faire ici la responsabilité ministérielle? La responsabilité

ministérielle s'applique aux actes de gouvernement, aux mesures d'administration. Est-ce que des décisions sur le contentieux sont des actes d'administration? Est-ce que ce ne sont pas, quel que soit le tribunal qui les rend, des actes judiciaires, des sentences de justice? Et qui a jamais ouï dire qu'un ministre pût être responsable de la sentence d'un tribunal?

On est confondu d'étonnement quand on voit de pareils arguments sérieusement présentés par des hommes aussi éclairés que l'était le rapporteur de la Chambre des pairs. Ce sont là de ces sophismes, de ces arguties de légiste qui consistent à invoquer bruyamment, pour masquer une situation fausse, quelque grand principe constitutionnel, comme la responsabilité des ministres ou la séparation des pouvoirs. Le principe est bon, mais on l'invoque hors de propos et on l'applique tout de travers.

Il faut qu'on réponde nettement à cette question : Vous parlez de juridiction administrative? Qu'entendez-vous par là? Entendez-vous faire de l'administration, ou voulez-vous rendre la justice?

Si vous entendez faire de l'administration, faites-la le front levé et à visage découvert. Ne vous couvrez pas des semblants de la justice; ne jouez pas cette comédie de débat public et de sentence motivée. Convenez qu'à l'occasion il vous plaît de pouvoir faire de l'arbitraire, de sacrifier le droit individuel à ce qu'on appelle des considérations d'intérêt public. Alors nous sommes sous le régime des commis-

sions. Il n'y a plus de juges, il n'y a plus de loi entre le citoyen et l'État; le droit du citoyen est tout entier subordonné à l'intérêt de l'État, à la volonté de l'État.

Si vous entendez, au contraire, rendre la justice; alors donnez-nous les garanties, les conditions sans lesquelles il n'y a pas de justice; sans lesquelles du moins il n'y a pas de sécurité pour le justiciable, parce qu'il n'y a pas d'indépendance pour le juge. Unité de pensée dans le gouvernement, responsabilité hiérarchique, tous ces grands mots-là peuvent avoir un sens quand on parle de mesures administratives : ils n'en ont plus quand il s'agit de décisions juridiques.

Reste une grave question. Par qui seront réglés les conflits qui peuvent s'élever entre l'autorité judiciaire et l'autorité administrative, réclamant l'un et l'autre la même affaire?

Dans l'état actuel des choses, lorsque le tribunal saisi rejette le déclinatoire par lequel l'administration revendique l'affaire; en d'autres termes, lorsque le tribunal, affirmant sa compétence, déclare le procès de son ressort et le retient, qu'arrive-t-il? — Le préfet prend un arrêté, par lequel il déclare le conflit; il fait déposer cet arrêté au greffe, — et tout est dit. Devant « cette espèce de firman, » comme disait le procureur général Dupin, la justice doit s'arrêter : le tribunal *est tenu de surseoir, à peine de forfaiture*, jusqu'à ce que le conseil d'État ait souverainement statué.

Une seule fois, depuis quatre-vingts ans, on a essayé d'enlever à l'administration ce privilége abusif : c'était après 1848. Beaucoup demandaient que le pouvoir judiciaire fût seul juge, et souverain juge, de sa propre compétence ; et que la cour de cassation, qui offre au gouvernement toutes les garanties de lumières et d'impartialité, eût, comme en Belgique et en Hollande, mission de régler les conflits. C'était la solution la plus nette et la plus conforme aux principes. — On s'arrêta à un moyen terme ; on donna le règlement des conflits à un tribunal mixte qui fut composé, pour moitié de membres de la cour de cassation, et pour moitié de conseillers d'État[1].

C'est là une combinaison qui donne assurément, en principe, satisfaction suffisante aux différents intérêts. Elle fonctionne dans plusieurs pays, et le mieux serait peut-être d'y revenir. Un point seul est délicat à régler. En cas de partage, comment se videra le débat? La loi de 1850 péchait par cet endroit. Elle donnait au ministre la présidence du tribunal des conflits. Comme il arrivait souvent (et c'était un cas facile à prévoir) que les magistrats étaient d'un côté et les conseillers d'État de l'autre ; en fait, c'était la plupart du temps le ministre qui faisait l'arrêt. Mais on se demande à quel titre le ministre présiderait un pareil tribunal. Le ministre est partie : c'est le gouvernement qui élève le conflit. Il ne doit pas avoir voix délibérative. Et enfin, si

1. Loi des 4-8 février 1850.

on ne veut pas donner à la cour de cassation seule le jugement des conflits, pourquoi, dans un cas douteux où il y a partage, ne ferait-on pas pencher la balance du côté le plus favorable, qui est le droit commun, c'est-à-dire la justice ordinaire?

§ II

On peut dire pour la garantie des agents du gouvernement, ce que j'ai dit plus haut pour la juridiction administrative : à côté de la réforme absolue et radicale, il y a la réforme mitigée et le moyen terme.

En principe, la garantie des fonctionnaires est injustifiable. Elle heurte toutes les maximes de notre droit public, toutes les idées de justice, d'égalité devant la loi. Elle constitue au profit d'une armée innombrable d'agents subalternes, un privilége exorbitant, effrayant. De ceux qui doivent être les serviteurs du public, elle fait les maîtres du public. Elle n'a plus aujourd'hui les correctifs qu'elle avait autrefois. Elle est inconciliable avec la liberté civile et avec la liberté politique. Il faut qu'elle disparaisse de nos lois.

Je n'ai pas besoin de répéter (ce que j'ai assez longuement expliqué ailleurs) qu'il ne s'agit point ici de soumettre au contrôle des tribunaux l'usage bon ou mauvais qu'un fonctionnaire fait de son autorité légitime : de cet usage, même inconsidéré, maladroit ou inopportun, l'administration supérieure

est seule juge. Ce n'est toujours que l'usage d'un pouvoir légal; on ne peut s'en plaindre qu'au pouvoir mieux informé : c'est le cas de la juridiction gracieuse. — On ne parle ici que de ce qui constitue, non pas le mauvais usage, mais l'abus et l'excès du pouvoir; l'infraction à une loi ou à un règlement, la violation d'un droit, en un mot un acte *illégal*. Ici, il y a un fait contraire au droit commun, personnel à l'agent qui l'a accompli, fait qui ne perd pas son caractère pour avoir été commis par un fonctionnaire, qui prend même par cette circonstance, un caractère plus grave, et exige, ce semble, pour les citoyens des garanties plus fortes.

Demander que de tels faits tombent sous la juridiction des tribunaux ordinaires, qu'est-ce après tout? C'est demander qu'on généralise ce qui se pratique, en France même, depuis la loi de 1818, en matière de finances, pour faits de concussion ou perception de taxes illégales.

Quelques précautions bien simples suffiraient à prévenir les abus. Une courte prescription limiterait le droit de la partie lésée, afin de ne pas laisser indéfiniment le fonctionnaire sous la menace d'une poursuite. Une pénalité, pouvant varier dans de larges limites (par exemple, une amende de 50 à 5,000 francs), frapperait le plaideur téméraire; sans préjudice de dommages-intérêts plus graves contre celui qui aurait agi de mauvaise foi. Enfin on a proposé, comme garantie contre les influences et les petites hostilités locales, de supprimer le premier

degré de juridiction, et de porter d'emblée la plainte devant la cour impériale.

Si le spectre des anciens parlements et le souvenir de leurs interventions dans les affaires administratives, trouble encore l'esprit de nos gouvernements, qui empêche du moins de donner aux simples particuliers le droit de demander aux tribunaux la réparation civile du dommage qu'ils prétendent avoir indûment éprouvé? N'est-ce pas un principe de nos lois que « tout fait de l'homme qui porte préjudice à autrui oblige celui, *par la faute duquel* il est arrivé, à le réparer[1] ?» — Plusieurs des pays de l'Europe qui ont adopté le système de notre art. 75 de la Constitution de l'an VIII, pour couvrir leurs fonctionnaires contre les poursuites criminelles, ont du moins, par un louable scrupule d'équité, laissé l'action en réparation civile ouverte contre eux, au profit des particuliers victimes d'actes arbitraires. Cette seule concession, cette seule réforme introduite dans l'état de choses actuel, suffirait, on peut le dire, à faire disparaître la plupart des abus dont on se plaint trop justement. La responsabilité pécuniaire est à peu près la seule qui, en fait, soit appliquée chez les Anglais et chez les Américains. Elle agit surtout comme mesure préventive : c'est là sa grande efficacité. Qu'on nous donne l'action civile contre les agents du gouvernement, et nous croirons la liberté suffisamment garantie.

1. Code civil, art. 1382.

Il semble que ce ne soit pas là demander trop; que ce soit le *minimum* de protection qui se puisse accorder au droit individuel. Trouve-t-on cependant pareille réforme trop hardie? Il y a un système intermédiaire auquel on pourrait se rattacher, au moins par mesure de transition; et sinon pour tous les fonctionnaires, au moins pour les fonctionnaires gratuits.

On ne peut disconvenir en effet que ces derniers ne soient dignes d'un intérêt particulier, et n'aient droit à une certaine protection. En Angleterre même, ce pays de la légalité stricte, on l'a compris; et pourtant les juges de paix anglais sont généralement de hauts et puissants personnages que protégent déjà une grande fortune, une grande influence. Chez nous, les fonctions gratuites, celles des maires, des adjoints, sont le plus souvent remplies par de très-modestes citoyens, que ne défendent ni la fortune ni la position sociale. Elles exigent parfois beaucoup de dévouement, imposent des sacrifices, exposent à bien des ennuis et des déboires. Y ajouter la perspective de procès injustes, de taquineries haineuses, ce serait peut-être en éloigner beaucoup de bons citoyens.

Tout autre est la situation des fonctionnaires salariés. Un homme qui sollicite et accepte un salaire de la société se doit à la société. Il occupe très-librement son emploi : qu'il en supporte les charges, comme il en a l'émolument et l'honneur. C'est à lui d'être sans reproche, s'il veut être sans

péril. Quant à la malveillance, aux ressentiments, il doit savoir les braver pour faire son devoir; et si on le poursuit injustement, il sait que les magistrats le protégeront innocent, comme ils l'auraient condamné coupable.

Mais j'avoue que le sort des fonctionnaires gratuits me touche. En France, nous n'avons pas assez le goût des affaires publiques, même des affaires communales. Il ne faut pas en écarter les hommes capables, en les effrayant par le déchaînement des jalousies et des inimitiés de clocher.

Qu'on les protége donc; à la rigueur cela se comprend. Qu'on soumette les poursuites dirigées contre eux à une autorisation préalable; on peut s'y résigner. Ce qui ne se peut admettre, c'est que ce soit à l'administration qu'il faille demander cette autorisation; car, neuf fois sur dix, ce sera un excès de zèle politique, un désir exagéré de servir les intérêts, les calculs, les passions de l'administration, qui aura inspiré l'acte illégal dont on se plaint. Comment rendre l'administration arbitre d'une poursuite où elle est le plus souvent moralement engagée?

Une seule chose est raisonnable : c'est d'aller demander l'autorisation préalable à la magistrature elle-même, par exemple à la chambre des mises en accusation des cours impériales, qui remplace chez nous le jury d'accusation anglais. La chambre des mises en accusation est, au grand criminel, une sorte de premier degré de juridiction qui, avant de renvoyer un accusé devant le jury, examine si les

charges sont sérieuses et suffisantes. Par une analogie toute naturelle, elle aurait aussi pour mission, en cas de poursuites contre un fonctionnaire, d'examiner au préalable si la plainte est sérieuse, vraisemblable; ou si elle n'est dictée que par la mauvaise foi et la haine; et, selon le cas, d'accorder ou de refuser l'autorisation. En matière civile, la chambre civile ferait le même office.

C'est le projet de loi de 1835. Avec nos mœurs administratives, avec le culte de l'autorité répandu et enraciné comme il l'est parmi nous, si ce projet établit des garanties excessives, ce n'est pas assurément en faveur des citoyens, — c'est en faveur de l'administration[1].

1. Au moment où ceci s'imprime, les journaux annoncent que le gouvernement prépare un projet de loi qui serait conçu dans une pensée toute différente. « On admettrait en principe pour les particuliers la faculté de citer directement les fonctionnaires devant les tribunaux. Mais ce droit serait rigoureusement limité aux cas qui intéressent la liberté individuelle, la propriété et l'honneur des citoyens. Pour toutes les autres affaires, l'autorisation préalable du conseil d'État serait nécessaire. »

Il y aurait là incontestablement une sérieuse réforme. La liberté civile se trouverait, pour la plus grande partie des droits qui la constituent, garantie; et même plus largement garantie que par le projet de 1835. Or c'est là, il faut le dire, le côté important de la question.

Mais je n'en pense pas moins que le projet nouveau (si ses bases sont telles) est radicalement mauvais, et que la restriction qu'il met au droit de poursuite est à la fois illogique et dangereuse. — Qu'on introduise au principe quelques réserves; qu'on prenne quelques précautions; qu'on exige par exemple en certains cas l'autorisation des cours d'appel, je le com-

§ III

J'arrive à la réforme judiciaire.

J'ai montré comment l'indépendance de la magistrature, en dépit de l'inamovibilité, n'était pas entière. On n'a fait les choses qu'à demi; on n'a pris qu'une précaution, il fallait en prendre deux. On a mis le magistrat à l'abri de la crainte, on ne l'a pas prémuni contre l'espérance et l'ambition.

L'ambition est la mort de l'esprit judiciaire. En rendant la magistrature ambitieuse, en surexcitant chez elle (par la loi des retraites) le désir immodéré de l'avancement hâtif, on lui a porté une atteinte profonde; on a altéré son esprit; on est en train de

prends. Ce que je ne puis comprendre, c'est qu'on veuille maintenir la nécessité de l'autorisation du conseil d'État, précisément dans l'ordre de faits où cette autorisation est le plus suspecte de partialité, et pour les affaires où le privilége des fonctionnaires a un caractère plus irritant.

Qu'est-ce en effet que *les autres affaires*, quand on a mis à part ce qui touche à la liberté individuelle, à la propriété et à l'honneur des citoyens? Ce sont les affaires qui intéressent la liberté de la presse, la liberté électorale, la liberté religieuse, la liberté d'enseignement, la liberté de réunion, etc... Il faut remarquer d'abord que la religion et l'enseignement sont du domaine de la liberté civile. Pourquoi ne pas les protéger aussi bien que la propriété et l'honneur des citoyens? — Quant à la liberté en matière d'élections, c'est une de celles qui, de tout temps, ont paru à tous les bons esprits mériter qu'on l'entoure des plus efficaces garanties. J'ai cité plus haut (page 221, note 3), l'opinion non

détruire ce qui lui reste d'indépendance et d'autorité morale.

Veut-on que je dise ici, d'un mot, toute ma pensée? J'aimerais mieux, je crois, une magistrature révocable sans avancement, qu'une magistrature inamovible avec le système d'avancement actuel. La première serait, il est vrai, légalement dépendante du pouvoir; mais en fait elle en serait plus indépendante qu'on ne croit, car on ne destitue pas si aisément un magistrat : la destitution violente d'un homme frappé pour avoir fait son devoir est un acte criant, un scandale devant lequel on recule. La seconde, au contraire, indépendante en droit, est par le fait enlacée de mille liens, soumise à mille séductions, livrée au dangereux conflit de son intérêt et de son devoir, placée enfin dans cette douloureuse situation

suspecte de M. Vivien, et rappelé que la loi électorale du 15 mars 1849 avait, par une exception toute spéciale, autorisé en cette matière la poursuite contre les fonctionnaires sans autorisation. Il s'agit ici de la sincérité du suffrage universel. Sur ce point l'opinion est jalouse, la conscience publique est chatouilleuse.

Pourquoi d'ailleurs refuser tonte garantie, même mitigée, à l'exercice des libertés politiques? Pourquoi les laisser sous le régime discrétionnaire? C'est à celles-là que nous tenons le plus en France; c'est de celles-là surtout que l'opinion est en ce moment le plus préoccupée.

Le projet qu'on annonce ne serait pas seulement une inconséquence, il serait une maladresse : il ferait perdre au gouvernement tout le bénéfice de la réforme opérée au profit des libertés civiles; on ne lui saurait nul gré de ce qu'il aurait concédé, par ressentiment de ce qu'il voudrait retenir.

que, alors même qu'elle ne succombe pas à l'épreuve, elle y voit périr sa considération, en voyant suspecter son impartialité.

Comment remédier à ce mal?

Interdire l'avancement, pour supprimer l'ambition? — Cela se peut en Angleterre, où les charges de magistrature sont très-peu nombreuses et toutes considérables; en France, cela serait impossible. Les fonctions judiciaires sont chez nous en trop grand nombre; elles sont pour la plupart trop humbles, trop peu rétribuées, pour qu'on puisse refuser à ceux qui les remplissent le modeste avancement qui est la récompense bien légitime de leurs services. L'ambition, d'ailleurs, a du bon; elle est un aiguillon; et à quoi il faut tendre, ce n'est pas tant à la détruire qu'à la régler et la contenir.

Que reste-t-il donc à faire? Il reste, ce semble, à déterminer les conditions du choix et de l'avancement, de façon à ce qu'ils ne soient plus exclusivement abandonnés au bon plaisir du pouvoir exécutif.

Aujourd'hui la nomination a lieu, le plus souvent, sur deux listes de présentation, portant trois noms chacune, et qui sont dressées, l'une par le premier président de la cour, l'autre par le procureur général. La position si haute et si indépendante du premier président est faite pour assurer de sa part, dans le choix des candidats, un esprit élevé et impartial : mais les présentations des procureurs généraux,

agents directs du pouvoir, ne peuvent pas, en thèse générale, inspirer la même confiance. Il est clair que, lorsque les deux listes ne seront pas d'accord, et qu'un intérêt politique sera en jeu, c'est la liste du procureur général qui l'emportera. — Il y a plus. Le ministre peut, si les candidats présentés ne lui conviennent pas, nommer en dehors des présentations. Il peut se dispenser de demander des présentations, et nommer d'office qui il lui plaît. C'est l'arbitraire pur[1].

Notre ancienne magistrature a eu, à une certaine époque, le droit de présentation[2]. Pourquoi ne pas le lui rendre, en obligeant le pouvoir exécutif à choisir parmi les candidats portés sur la liste? C'est

1. En Angleterre, il est vrai, c'est la couronne seule qui nomme les juges. Mais, dans ce pays-là, la responsabilité ministérielle est chose si sérieuse, l'opinion publique a une telle puissance que c'est elle qui dicte, ou pour mieux dire qui impose ses choix au pouvoir. Les places étant peu nombreuses et considérables, les choix sont limités aux avocats les plus célèbres, les plus recommandés par leurs talents et leur caractère; et, dans ces limites-là même, l'opinion publique force parfois la main au ministère.

2. « Un moyen très-efficace pour faire de bons choix, serait de rendre aux cours l'ancien droit de *présentation*. Pendant un temps, il a bien été d'usage de les *consulter;* mais à présent on s'en dispense et l'on tient que cela n'est plus nécessaire. Autrefois, quoique le pouvoir royal fût plus absolu qu'aujourd'hui, les cours n'étaient pas cependant tenues d'admettre les sujets qui n'avaient point obtenu leur agrément. Le monarque permettait que l'on fît des remontrances... » Dupin, *les Magistrats d'autrefois*, chapitre III.

le système de recrutement, pratiqué pour le Collège de France et les Facultés. Il est fondé sur ce motif que ces compagnies sont présumées, et à bon droit, être les meilleurs juges du mérite des concurrents. La même chose peut être dite des compagnies judiciaires.

La Belgique, qui nous a devancés sur tant de points dans les voies libérales, a adopté ce système avec quelque modifications : il fonctionne chez elle depuis 1830.

D'après la loi belge, les juges de paix et les juges des tribunaux de première instance sont nommés directement par le roi ; mais les conseillers de cour d'appel, et les présidents et vice-présidents des tribunaux sont nommés par le roi sur deux listes doubles, presentées, l'une par ces cours, l'autre par les conseils provinciaux[1]. — Les conseillers de la cour de cassation sont nommés par le roi sur deux listes doubles présentées, l'une par le sénat, l'autre par la cour de cassation. — Dans ces deux cas, les candidats portés sur une liste peuvent également être portés sur l'autre.— Toutes les présentations sont rendues publiques, au moins quinze jours avant la nomination. — Les cours choisissent dans leur sein leurs présidents et vice-présidents[2].

1. Les conseils provinciaux répondent à peu près à nos conseils généraux.

2. Constitution belge, art. 99. — Les officiers du ministère public sont nommés par le roi directement. (Art. 101.)

On a proposé (et tout récemment encore, dans un livre remarquable[1]), d'appliquer ce système en France. Il offre certainement des avantages, et je crois que nous pouvons lui emprunter beaucoup. Sur un point seul, j'ai des doutes : la loi belge, en faisant intervenir dans les présentations les conseils provinciaux, a voulu évidemment élargir le cadre des candidatures, et empêcher qu'il n'y règne un esprit d'exclusion, en faisant une part à des influences étrangères à la magistrature. Je ne puis dire quels résultats cette combinaison a donnés dans la pratique, et d'ailleurs il ne faut jamais conclure absolument d'un pays à un autre ; mais je doute qu'en ce point la législation belge puisse être appliquée chez nous avec avantage. Nos conseils généraux sont devenus, par suite de nos incessantes révolutions et de nos divisions intestines, de véritables corps politiques, où les divers partis qui partagent la nation se rencontrent et se combattent : on y retrouve le camp du gouvernement et le camp de l'opposition. Sur la plupart des grandes questions, même d'intérêt local, l'esprit de parti, les tendances politiques ou les préoccupations religieuses dictent le plus souvent et systématiquement les résolutions de la majorité. Ajoutez à cela que les membres de nos conseils généraux ignorent, pour la plupart, les choses judiciaires, et ignorent plus encore le personnel judiciaire. Comment ne pas craindre, en un tel état des

1. *La France nouvelle*, par M. Prévost-Paradol. (1868.)

choses et des esprits, que leurs présentations, devenues un objet de sollicitations ardentes et de brigues fâcheuses, ne fussent trop souvent déterminées par des considérations étrangères aux véritables intérêts de la justice?

Sauf cette réserve, et pour le surplus, j'admettrais volontiers le système belge. Je voudrais même qu'on l'étendît aux juges de paix qui seraient nommés sur la présentation des tribunaux d'arrondissement, et aux juges de première instance qui seraient nommés sur celle des cours[1].

On objecte que la magistrature se recrutant elle-même, se laisserait dominer par un esprit de corps étroit, exclusif; qu'elle tendrait à devenir une caste. — Ce sont là des terreurs bien vaines. Le temps des castes est passé. L'égalité démocratique est devenue la loi, l'âme de notre société : ceux-là même qui y résistent le plus la subissent, et les compagnies judiciaires comme les autres.

Il y a d'ailleurs dans le système belge une mesure qui me paraît excellente, et qui est de nature à

1. Mais avant tout il faudrait introduire dans l'organisation des justices de paix une réforme bien autrement urgente et nécessaire. Il faudrait donner aux juges de paix l'inamovibilité, en élevant leurs trop modiques traitements. En d'autres termes, il faudrait faire d'eux des magistrats, et non plus des agents politiques et des courtiers électoraux. Il n'y a pas de magistrature qui puisse faire plus de bien et empêcher plus de mal, si on l'établissait dans des conditions de dignité et d'autorité; il n'y en a pas à qui ces conditions soient plus déplorablement refusées.

obvier pleinement à l'inconvénient qu'on allègue. C'est la publicité donnée aux listes de présentation. Le pouvoir exécutif choisit parmi les candidats; il choisit sous sa responsablité. Mais, puisque son choix est limité par une liste de présentation, il est juste que ceux qui ont dressé cette liste portent aussi, pour ce qui les concerne, leur part de responsabilité.

Dans les pays libres, la publicité est une des plus fortes garanties : elle est souvent la seule possible; et, par exemple, dans le cas actuel. Il y a ici deux pouvoirs, indépendants l'un de l'autre, se mouvant librement chacun dans sa sphère, et qui doivent pourtant concourir à un résultat commun. Au-dessus d'eux, il n'y a évidemment qu'un régulateur, c'est l'opinion publique. En lui déférant, comme à un juge suprême, les actes de chacun de ces pouvoirs, on les soumet par le fait à un contrôle; contrôle purement moral, mais qui n'en est pas moins efficace, et qui a ce mérite d'agir préventivement, en empêchant des présentations ou des choix qui seraient dictés par la faveur ou par le népotisme.

Et quant à l'esprit de corps, à l'esprit d'indépendance chez les compagnies judiciaires, loin d'en craindre le réveil, je l'appelle, pour moi, de tous mes vœux. La raison en est bien simple : c'est que le pouvoir exécutif travaille de toutes ses forces à le détruire. Et le pouvoir exécutif sait bien ce qu'il fait; il sait que là est encore une puissance

qui lui ferait contre-poids; que ces dernières unités brisées, il n'y aura plus que des atomes devant lui.

On exploite contre les corps judiciaires les souvenirs des parlements; on s'efforce de réveiller les ressentiments qui animèrent contre eux les hommes de la Révolution; on fait appel aux passions démocratiques. C'est un calcul habile. La démocratie est jalouse : elle hait tout ce qui ressemble, même de loin, à un privilége. Mais si la démocratie avait l'intelligence de ses véritables intérêts, si elle avait quelque souci de la liberté civile, elle comprendrait que cette liberté ne peut trouver de salut que dans la justice, et qu'un pouvoir judiciaire fortement constitué, vivant d'une vie propre et indépendante, peut seul arrêter les envahissements croissants du pouvoir administratif[1].

L'élection des présidents et vice-présidents par la cour d'appel prête aussi à quelques objections. On dit que c'est introduire les compétitions ardentes, les rivalités, par suite la division et la discorde dans le sein des compagnies judiciaires. On

1. J'ai rappelé ailleurs de quelles hautes attributions, de quel pouvoir protecteur et régulateur la démocratie américaine a investi ses magistrats. Quant au respect qu'ils inspirent, voici ce qu'en dit un voyageur anglais : «Nos évêques ont à peine en Angleterre la situation sociale que les juges américains occupent aux États-Unis. Un juge de cour suprême est traité ici comme un cardinal à Rome et un archevêque à Madrid.» Dixon, *la Nouvelle Amérique*, deuxième partie, chap. XXVIII. (1867.)

ajoute que celui qui sera élu ne sera pas toujours le plus digne, que souvent ce sera ou le plus influent par sa fortune et ses relations, ou même le plus médiocre, parce que la médiocrité ne porte ombrage à personne. — Il y a du vrai là dedans. Mais quoi! chaque système a ses avantages et ses inconvénients. Vous n'en trouverez point qui ne prête par quelque côté à la critique : il faut s'arrêter à celui qui soulève le moins d'objections et les moins graves. Or, tout bien considéré, je persiste à croire que le plus mauvais de tous les systèmes est celui qui laisse les présidents au choix absolu du pouvoir. Est-ce que, par hasard, ce système n'allume pas les mêmes ambitions, n'excite pas les mêmes rivalités? Est-ce que c'est toujours le plus digne qui est nommé? N'est-ce point quelquefois le plus dévoué au gouvernement, le plus zélé à le servir, si bien que d'éminentes positions peuvent devenir la récompense de certaines ardeurs politiques ou le prix de certaines complaisances? Je ne sais rien de pire que cela, et tout me paraît préférable à un pareil régime[1]. Les présidences sont un des plus

1. Aujourd'hui les premiers présidents sont presque toujours pris parmi les procureurs généraux. On peut affirmer pourtant sans crainte d'être démenti, que la direction des grands parquets n'est pas la meilleure des écoles pour former un premier président. Les deux fonctions exigent des qualités toutes différentes, et développent des habitudes toutes contraires. De ce qu'un homme est un excellent procureur général, il n'y a point à conclure qu'il fera un bon premier président; ou du moins il est bien

grands appâts offerts à l'ambition des magistrats; c'est le but suprême auquel aspirent la plupart d'entre eux. On ne peut abandonner aux mains du pouvoir un tel moyen d'action. Quoi de plus naturel d'ailleurs que de laisser les grands corps judiciaires se régir à l'intérieur en toute liberté? N'est-ce pas là le premier attribut de leur indépendance? Que le gouvernement nomme les chefs dans l'armée, qui a pour devoir l'obéissance passive; qu'il les nomme pareillement dans l'administration, qui n'est qu'une armée civile, cela se comprend, cela est logique et nécessaire; mais qu'il prétende les nommer dans la magistrature, qui n'a à recevoir de lui ni ordres, ni direction, qui a pour premier devoir, au contraire, de résister à toutes les suggestions, et surtout à celles du pouvoir, voilà ce qui est souverainement illogique, ce qui est à la fois contraire à la nature des choses, à l'indépendance et à la dignité de la magistrature.

Je ne prétends pas que le système belge soit le meilleur système possible, je ne dis pas qu'on ne puisse point imaginer des procédés, des combinaisons qui aillent mieux au but; j'ai signalé seulement ce système comme digne d'attention et d'étude. Je le crois, à tout le moins, très-supérieur au

certain qu'il aura besoin, pour y parvenir, de se faire une nouvelle éducation, de cultiver en soi de nouvelles aptitudes, de s'inspirer surtout d'un nouvel esprit.

nôtre, assurant mieux que le nôtre l'indépendance du pouvoir judiciaire.

Au surplus, quel que soit le moyen qu'on emploie, il importe peu si le résultat est atteint; mais il faut l'atteindre à tout prix.

Il ne nous suffit pas d'avoir des juges intègres. Il faut qu'ils soient également indépendants de tout le monde pour être également impartiaux envers tout le monde. D'ordinaire, on ne considère le rôle de la magistrature que d'un seul côté, celui qui regarde la violation de la loi par les citoyens. Il y en a un autre : c'est celui qui regarde la violation de la loi par le pouvoir ou ses agents. Le premier intéresse surtout l'ordre, le second intéresse surtout la liberté. Ni l'un ni l'autre ne veut être négligé. Mais il est temps qu'on songe à pourvoir au second.

« Il n'y a rien de plus misérable, disait Tocqueville, qu'une société démocratique sans liberté; » car la foule des individus n'est qu'une poussière mouvante, sur laquelle le pouvoir centralisé a une irrésistible action. Et il ajoutait : « Relever l'individu, sauver la sainte indépendance de l'individu, » c'est là le grand intérêt des sociétés modernes.

J'ai essayé de prouver qu'une seule institution peut défendre efficacement l'indépendance individuelle, la liberté civile : c'est la justice.

Il y a près de cinquante ans, M. de Barante écrivait : « L'esclavage administratif détruira la liberté

« politique, s'il n'est pas détruit par elle[1]. » Et moi je dis, avec non moins de conviction : Le pouvoir administratif tuera la liberté civile, si elle n'est pas sauvée par le pouvoir judiciaire.

1. *Les Communes et l'Aristocratie*, 1822.

APPENDICE

LÉGISLATION ITALIENNE

(Loi du 28 mars 1865)

SUR LE CONTENTIEUX ADMINISTRATIF

Art. 1. — Les tribunaux spéciaux actuellement investis de la juridiction du contentieux administratif, tant en matière civile qu'en matière pénale, sont abolis; et les contestations à eux attribuées par les diverses lois en vigueur, seront désormais dévolues à la juridiction ordinaire, ou à l'autorité administrative, selon les règles posées par la présente loi.

2. — Sont dévolus à la juridiction ordinaire tous les procès pour contraventions, et toutes les affaires où est mis en question un droit civil ou politique, de quelque façon que puisse y être intéressée l'administration publique, et nonobstant les mesures prises à ce sujet par le pouvoir exécutif ou l'autorité administrative.

3. — Les affaires non comprises dans l'article précédent seront déférées aux autorités administratives; lesquelles, sur le vu des observations écrites des parties intéressées, statueront par décision motivée, après avis préalable des conseils administratifs. — Contre ces décisions, qui seront inscrites au pied de l'avis également motivé, il y aura recours par la voie hiérarchique, conformément aux lois administratives.

4. — Quand la contestation porte sur un droit qui se prétend lésé par un acte de l'autorité administrative, les tribunaux se borneront à connaître des effets de l'acte même dans ses rapports avec ce qui fait l'objet du litige. — L'acte administratif ne pourra être révoqué ou modifié que sur recours aux autorités administratives compétentes, lesquelles se conformeront à la décision du tribunal quant à ce qui concerne le point décidé.

5. — Dans ce cas comme dans tous les autres, les autorités judiciaires appliqueront les actes administratifs et les règlements généraux et locaux, en tant qu'ils seront conformes aux lois.

6. — Sont exclues de la compétence de l'autorité judiciaire les questions relatives à l'estimation cadastrale et à la répartition des cotes; et toutes celles relatives aux impositions directes jusqu'à ce qu'ait eu lieu la publication des rôles. — En toute difficulté touchant les impôts, les actes d'opposition, pour être admissibles en justice, devront être accompagnés de la quittance de payement de l'impôt, excepté le cas où il s'agit d'une demande de supplément. — Dans les contestations relatives aux impôts, tant directs qu'indirects, la juridiction ordinaire sera toujours exercée en pré-

mière instance par les tribunaux de la circonscription, et en dernier ressort par les cours d'appel.

7. — Lorsque, par nécessité publique, l'autorité administrative devra sans délai disposer d'une propriété privée, ou, pendant une instance, procéder pour la même raison à l'exécution de l'acte dont les conséquences juridiques sont contestées, elle y procédera par décret motivé, mais toujours sans préjudice des droits des parties.

8. — Dans les contestations au sujet des contrats pour travaux et fournitures, la faculté est réservée à l'autorité administrative de pourvoir, pendant l'instance, aux mêmes travaux et aux fournitures, en déclarant l'urgence par décret motivé, et sans préjudice des droits des parties.

9. — Aucun séquestre ne pourra avoir effet, ni aucune cession être consentie sur le prix des contrats en cours d'exécution, si l'administration y est intéressée...

10. — Dans les procès qui s'élèveront devant les autorités judiciaires entre les particuliers et les administrations publiques, le jugement sera poursuivi dans les formes ordinaires, à une audience préalablement fixée.

11. — Le mode selon lequel seront représentées et assistées les administrations dans les instances civiles, et le lieu et le mode de la citation des mêmes administrations, seront déterminés par un règlement portant l'approbation royale. . . . . .

. . . . . .

FIN

ERRATA

Page 286, à la suite de la note 2, *ajoutez :* La même observation s'applique aux tribunaux qui sont composés de plusieurs chambres; le roulement s'y fait par le président et le procureur impérial, sous l'approbation supérieur du ministre. (Décrets du 16 août 1859 et du 28 mai 1862.)

Page 287, ligne 25, au lieu de puissance, *lisez :* force.

TABLE DES MATIÈRES

PRÉFACE.....

CHAPITRE PREMIER.

Que le pouvoir judiciaire est le véritable gardien des libertés individuelles; et qu'en France cette garantie manque absolument contre l'arbitraire du pouvoir administratif..... 1

CHAPITRE II.

Du pouvoir judiciaire et du pouvoir administratif avant 1789. — Comment la Révolution a amoindri le premier au profit du second. — Organisation actuelle créée en l'an VIII..... 19

CHAPITRE III.

De la justice administrative. — Du principe de la séparation des pouvoirs. — Examen des raisons qu'on allègue en faveur de la juridiction administrative..... 47

CHAPITRE IV.

De l'idée de l'État.— Que l'idée de l'État administrateur et tuteur universel, qui a prévalu en France avant, pendant et depuis la Révolution, a pour conséquence l'autocratie administrative et par suite la juridiction administrative..... 80

CHAPITRE V.

Suite du même sujet. — De quelques dangers politiques d'une centralisation administrative exagérée. — Coup d'œil sur les législations étrangères. 108

CHAPITRE VI.

Du privilége qu'ont les agents du gouvernement de ne pouvoir être poursuivis sans autorisation du conseil d'État. — Que ce privilége date de l'ancien régime, mais qu'il a été étendu et aggravé depuis la Révolution. 131

CHAPITRE VII.

Du principe de la garantie des fonctionnaires. — Motifs qu'on allègue pour la justifier. 159

CHAPITRE VIII.

Que le système de l'État administrateur universel engendre logiquement l'inviolabilité des fonctionnaires. — Projet de loi présenté en 1835 sur la responsabilité des agents du gouvernement. 186

CHAPITRE IX.

De quelques garanties qui existaient autrefois et qui ont disparu. — La jurisprudence du conseil d'État. — Histoire d'une saisie administrative. 214

CHAPITRE X.

De la responsabilité des fonctionnaires en Angleterre, aux États-Unis, en Belgique, en Prusse, etc. — De l'influence que le régime administratif a exercée sur nos idées et nos mœurs politiques. 243

CHAPITRE XI.

Du pouvoir judiciaire. — Des conditions nécessaires à son indépendance.— De l'état actuel de la magistrature en France. 262

CHAPITRE XII.

CONCLUSION. — Quelles réformes seraient dès à présent possibles et facilement réalisables, en ce qui touche : I. La juridiction administrative. — II. La responsabilité des fonctionnaires. — III. La magistrature..... 296

APPENDICE..... 337

FIN DE LA TABLE.

PARIS. — Imp. VIÉVILLE et CAPIOMONT et Cᵉ, rue des Poitevins, 6.

ŒUVRES DE M. ÉDOUARD LABOULAYE

PUBLIÉES DANS LA BIBLIOTHÈQUE-CHARPENTIER

à 3 fr. 50 le volume

Contes bleus (Yvon et Finette. — La bonne femme. — Poucinet. — Contes bohêmes. — Les trois citrons. — Pif Paf). 4e édition. 1 vol.

Souvenirs d'un Voyageur. 4e édition. . . . . 1 vol.

Abdallah, suivi de *Aziz et Aziza*, 4e édition, ornée du portrait de l'auteur. . . . . 1 vol.

Le Prince-Caniche. 14e édition . . . . . 1 vol.

Paris en Amérique. 24e édition. . . . . 1 vol.

Le Parti libéral et son avenir. 7e édit. . . . . 1 vol.

La Liberté religieuse. 4e édit. . . . . 1 vol.

Études morales (De la personnalité divine. — La dévotion. — Mademoiselle de la Vallière. — Le Rationalisme chrétien. — Les Moines d'Occident. — Philippe II. — Les États-Unis. — L'éducation en Amérique. — L'esclavage aux États-Unis. — Le message de 1856. — La guerre civile aux États-Unis. — L'Amérique et la Révolution française. — Les Horizons prochains. — Les lettres d'Éverard. — La loterie. — La manie des livres. — Sur un catalogue.). 4e édition. . . . 1 vol.

L'État et ses limites (L'État et ses limites. — La liberté antique et la liberté moderne. — Alexis de Tocqueville. — L'instruction publique et le suffrage universel. — Le droit de pétition suivant la constitution de 1852. — La question financière. — La France en Amérique. — Les États-Unis et la France. — Pourquoi le Nord ne peut accepter la séparation). 4e édition. . . . . 1 vol.

Études sur l'Allemagne contemporaine et les pays slaves (Le partage de la Pologne. — Georgei et Kossuth. — Les Serbes. — — Les Albanais. — De Radowitz. — Gervinus, etc., etc.). 3e édition. . . . . 1 vol.

Histoire des États-Unis d'Amérique, depuis les premiers essais de colonisation jusqu'à l'adoption de la constitution fédérale (1620-1789) 3e édition. . . . . 3 vol.

Discours populaires . . . . . 1 vol.

Paris. — Imp de P.-A. BOURDIER, CAPIOMONT fils et Cie, 6, rue des Poitevins.